جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون

# مبادىء تنازع القوانين والاختصاص القضائي وآثار الأحكام الأجنبية

الدكتور
**محمود مصيلحى**
كلية الشريعة والقانون بدمنهور
جامعة الأزهر

١٤٢٠هـ / ٢٠٠٠م

بسم الله الرحمن الرحيم

وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب ومهيمنا عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع اهواءهم عما جاءك من الحق، لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا ، ولو شاء الله لجعلكم أمة واحدة، ولكن ليبلوكم فى ما آتاكم . فاستبقوا الخيرات ، الى الله مرجعكم جميعا فينبئكم بما كنتم فيه تختلفون .

صدق الله العظيم

المائدة: ٤٨

الحقوق، ويليها مرحلة ممارسة الحق حيث يتم اكتساب الحق ونفاذه ثم وأخيرا مرحلة حماية الحق وفيها تتحدد المحكمة المختصة بنظر الدعاوى التى قد يرفعها الاطراف على بعضهم البعض فى حالة الخلاف بينهم واثر الاحكام التى قد تصدر فى النزاع من المحاكم الاجنبية اذا ما اراد صاحب المصلحة تنفيذها فى الأقليم الوطنى .

ولا جدال فى أن تنظيم ممارسة الحقوق والمراكز القانونية يعتبر من أهم موضوعات القانون الدولى الخاص ، بأعتبار أن الحق يظل مركزا واقعيا إلى أن تتناوله القواعد القانونية بالتنظيم ثم تجعله محلا لحمايتها فيصير بذلك مركزا قانونيا بالمعنى الفنى ، وعندئذ يمكن ملاحظة صلة مثل هذا المركز القانونى بأكثر من نظام قانونى، حيث تتزاحم النظم القانونية الوطنية والاجنبية ذات الصلة بالعلاقة لحل النزاع التى ثار بشأن العلاقة ذات العنصر الاجنبى . وهذا هو موضوع دراسة التنازع الدولى للقوانين ، أو تنازع الاختصاص التشريعى .

ولما كان من غير المجدى أن يظل الحق مستندا الى مجرد الحماية القانونية المستمدة من القاعدة القانونية التى تقرر وجوده، فقد كان من الضرورى البحث عن كيفية الاعمال الفعلى لتلك الحماية عن طريق القضاء .. وهو ما يدفعنا الى البحث فى قواعد تنازع الاختصاص القضائى لتحديد المحكمة المختصة بنظر أى نزاع قد ينشأ عن ممارسة الحق.

واذ ان الواقع العملى يفترض أن يلوذ صاحب المصلحة بحمى القضاء وان هذا الاخير سيبحث اول ما يبحث عما اذا كان مختصا بنظر الدعوى أم لا ، قبل أن يبحث عن القانون المختص بالفصل فى النزاع ، فقد اثرنا بحث القواعد التى تبين المحكمة المختصة بنظر النزاع قبل التعرض لبحث القواعد التى تحكم العلاقة محل النزاع .

## مقدمـة :

لا مراء في أن القانون يعد فرعاً من فروع العلوم الاجتماعيـة. إذ أنـه ليس إلا مجموعـة القواعد التـي تنظم سلوك الافراد فـي المجتمـع. وهدفـه المباشر هو تنظيم العيـش فـي جماعـة بقصد تحقيـق الأمـن والاستقرار للجميع .

ويجمع الشراح على أن القانون ظاهرة اجتماعية يستمد مضمونـه من خلال الظروف الواقعية للحياة ، ولما كانت حاجات الافراد غير ثابتـة بل هي دائما في تطور وتزايد، كـأن من الضروري أن تواكب القواعد القانونية ظروف المجتمع التي تطبق فيه .

واذ ان الفرد لا يعيش في عزلة ، بـل هو دائمـا فـي علاقـات مـع بني وطنه وغيرهم ممن ينتمون لدول أخرى فقد ثار التساؤل عما اذا كان من الممكن تطبيق القـانون الوطنـي علـى الاجانب ، ومـا اذا كـان مـن الممكن تطبيق القوانين الاجنبية في المجتمع الوطني ؟

ويطلق الفقه علـى هذه الطائفـة من العلاقـات القانونيـة وصـف العلاقات ذات العنصر الأجنبي ويأتي هذا الوصف من تحليلـهم للعلاقـات إلى عناصرها الثلاثة :

الأطراف ، والسبب ، والمحل ونقصد بذلـك اطراف العلاقـة ، والسبب المنشيء لها والمحل الذي تقع عليه . فقد تتسرب الصفة الاجنبية الى العلاقة من خلال أحد هذه العناصر الثلاثة ، ومن ثم تتزاحم القوانين ذات الصلة بهذه العنـاصر لتحكم نشأة العلاقـة أو المنازعـات التـي تنشأ عنها.

ويجري الفقه على أن العلاقات القانونية تمـر بمراحـل ثلاث هـي مرحلـة التمتـع بـالحق ، حيث تتحـدد جنسـية الافراد وأهليتـهم لاكتسـاب

وعلى ذلك فسوف يشتمل هذا الكتاب على موضوعين هما :

- **تنازع الاختصاص القضائى .**

- **تنازع الاختصاص التشريعى (تنازع القوانين)**

## الفصل الأول

## موضوعات تنازع الاختصاص القضائى الدولى واهميتها

يستتبع الاعتراف للفرد بحق معين أن يسمح له بأن يدافع عنه ويحتج به امام القضاء لالزام غيره باحترام حقه . وتتكفل المحاكم الداخلية لكل دولة بحل كافة المنازعات التى تقوم بين الافراد سواء أكانت هذه المنازعات وطنية بحتة أم كانت مشتملة على عنصر أجنبى . فلا توجد حتى الآن هيئة قضائية دولية تتكفل بفض المنازعات الداخلية فى نطاق القانون الدولى الخاص .

وتنظم قواعد الاختصاص القضائى الدولى كيفية فض المنازعات المشتملة على عنصر أجنبى ، فاذا ما طرحت منازعة مشتملة على عنصر أجنبى أمام القضاء فانه يتعين على القاضى المرفوع اليه النزاع البحث عما اذا كانت هذه المنازعة تدخل ضمن ولاية محاكم دولته بوجه عام ام لا . وهو فى ذلك يستعين بقواعد تنازع الاختصاص القضائى الدولى فى قانون دولته والتى تحدد الحالات التى تختص فيها محاكم الدولة بنظر المنازعات المشتملة على عنصر أجنبى . وتحدد القانون الواجب اتباعه أثناء السير فى الدعوى .

واذ ان صاحب الحق قد يلجأ ، لسبب او لآخر ، الى محاكم دولة أجنبية للحصول على حكم مقرر لحقه ، دون أن تملك الدولة منعه ذلك لاستقلال كل دولة بوضع القواعد المنظمة لاختصاص قضاءها، فانه قد يرجع ومعه هذا الحكم الى المحاكم المصرية طالبا الاحتجاج به أو تنفيذه.

وهنا يثور السؤال عن مدى امكان تنفيذ الحكم الاجنبى ومدى الحجية التى يتمتع بها أمام المحاكم الوطنية . ولا يقدم لنا اجابة على هذا

السؤال سوى قواعد تنازع الاختصاص القضائى التى تحدد لنا الآثار التى تترتب على الحكم الأجنبى والشروط اللازمة لكى ينتج هذه الآثار .

**تحديد قواعد الاختصاص القضائى الدولى :**

قسم المشرع قواعد الاختصاص القضائى الى قسمين :

**قواعد اختصاص داخلى .**

**وقواعد اختصاص دولى .**

فاذا كانت قواعد الاختصاص الداخلى هى التى تحدد اختصاص محاكم الدولة تجاه بعضها البعض من الناحية النوعية والقمية والأقليمية وهو ما يتضمنه قانون المرافعات .

فأن قواعد الاختصاص الدولى هى التى تحدد نصيب محاكم الدولة من ولاية القضاء ازاء غيرها من محاكم الدول الأخرى . وهى ما يطلق عليها فى الفقه الحديث قواعد المرافعات الدولية .

**الأهمية العملية لقواعد الاختصاص القضائى الدولى :**

تعتبر قواعد الاختصاص القضائى الدولى من الناحية العملية من أهم قواعد القانون الدولى الخاص . ذلك أن تعيين المحكمة المختصة هو فى الواقع الذى يحدد الحل النهائى للنزاع ، فتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع يتوقف على ما تقضى به قواعد التكييف وقواعد الاسناد فى دولة القاضى المطروح عليه النزاع . وهذه القواعد تختلف من دولة الى أخرى . فقد يكيف قاضى دولة ما مسألة معينة على أنها متعلقة بالشكل ، بينما يكيف قاضى دولة أخرى نفس المسألة على أنها من مسائل الأهلية ، مما يترتب عليه اختلاف قاعدة الاسناد واختلاف الحكم النهائى فى النزاع . وقد تختلف قاعدة الاسناد فى مسألة معينة من دولة الى أخرى.

من ذلك نتبين مدى تأثير تحديد المحكمة المختصة فى تعيين القانون الواجب التطبيق وبالتالى فى الحل النهائى للنزاع .

**عدم التلازم بين الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى :**

بيد أنه اذا كان تحديد القانون الواجب التطبيق أى تعيين الاختصاص التشريعى يتأثر بتحديد الاختصاص القضائى على النحو الذى رأيناه فان ذلك لا يعنى البتة وجود تلازم بين المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق على النزاع .

فتحديد المحكمة المختصة لا يستتبع حتما تطبيق قانون المحكمة على موضوع النزاع . فالقاضى المطروح عليه النزاع يلجأ الى قواعد الاسناد فى قانونه لتعيين القانون الواجب التطبيق وهذه القواعد قد تشير الى تطبيق قانون دولة غير دولة القاضى . واذا حدث واشارت قاعدة الاسناد الى تطبيق قانون القاضى فان مثل هذا التلازم يكون مجرد نتيجة عرضية لتطبيق قواعد الاسناد فى قانون القاضى . والواقع أن عدم التلازم بين الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى شرط أساسى لقيام ظاهرة تنازع القوانين ، اذ لو طبقت المحكمة المختصة بنظر النزاع قانونها مباشرة على موضوع النزاع لما نشأت ظاهرة تنازع القوانين .

# الفصل الثانى
# ضوابط الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية

عالجت المواد من ٢٨ إلى ٣٥ من قانون المرافعات الحالى القواعد التى تبين حدود ولاية القضاء لمحاكم الجمهورية ، وهى ما يطلق عليها قواعد الاختصاص العام والاختصاص القضائى الدولى ، وقد رأى المشرع ان يجمع هذه القواعد فى صعيد واحد فافرد لها الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول من هذا القانون .

وقد راعى المشرع اطلاق قواعد الاختصاص القضائى الدولى لمحاكم الجمهورية لتعمل فى مواد الاحوال العينية وفى مواد الاحوال الشخصية على السواء ، الا حيث تقتضى الملاءمة تخصيص بعض المنازعات بقواعد معينة .[1]

وتقوم أحكام هذه المواد على المبدأ العام السائد فى فقه القانون الدولى الخاص وهو أن الأصل فى ولاية القضاء فى الدولة هو الاقليمية وان رسم حدود هذه الولاية يقوم على أسس إقليمية تربط ما بين المنازعة وولاية القضاء ، مأخذها موطن المدعى عليه أو محل اقامته أو موقع المال او محل مصدر الالتزام او محل تنفيذه ، يضاف الى ذلك الأخذ بضابط شخصى للاختصاص هو جنسية المدعى عليه وكونه وطنيا بصرف النظر عن موطنه او محل اقامته ويبنى الاختصاص فى هذه الحالة على اعتبار ان ولاية القضاء وإن كانت اقليمية فى الاصل بالنسبة للوطنيين والاجانب الا أنها شخصية بالنسبة للأولين فتشملهم ولو كانوا متوطنين او مقيمين خارج اقليم دولتهم .

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية للقانون الحالى للمرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ .

كذلك راعى القانون الجديد اعتبار ان الأصل أن تؤدى الدولة العدالة فى اقليمها وان الاصل هو رعاية المدعى عليه. ولذلك فأن هذا القانون لم يأخذ بضابط الاختصاص من ناحية المدعي الا فى حالات قليلة تعتبر واردة على خلاف الاصليين العامين المذكورين.

وقد اتجه البعض[1] الى مدح الجهد الذى بذله المشرع المصرى فى هذا الموضوع للاسباب الآتية :

**أولا :** أن المشرع وهو يضع قواعد اختصاص المحاكم المصرية فى المنازعات الخاصة الدولية ، قد قدر أنه يضطلع أساساً بمشكلة تشريعية لبها هو تحديد نطاق سيادة سلطته القضائية واختصاص محاكمه إزاء اختصاص محاكم الدول الأخرى ، تاركا أمر تصنيف تلك القواعد حسب مادة النزاع لاجتهاد الفقه والقضاء .

ولا مراء فى أن قواعد الاختصاص المنصوص عليها فى المادة ٢٨ ومابعدها من قانون المرافعات ، ليست من الغموض والابهام مما يحير معه الفقه والقضاء فى التعرف على الموضوع مناط قاعدة الاختصاص.

**ثانيا :** أن المشرع المصرى وقد أخذ على عاتقه مهمة وضع قواعد الاختصاص الدولى ، لم يغب عن باله أنه يشرع فى مجال شبه بكر من حيث التنظيم التشريعى ، وهذا على غرار عمله فى مجال تنازع القوانين. واذا كان هذا يكفيه ، فإنه يحمد له أن أغنانا عن اللجوء الى قواعد الاختصاص القضائى الداخلى وإعمال القياس فى مد حكمها لحالات الاختصاص الدولى ، وما قد يصحب ذلك من صعوبات فى

---

[1] أنظر أستاذنا الدكتور احمد عبد الكريم سلامة . مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية. دار النهضة العربية. ط ١٩٩٩ . ص ٦٧ ومابعدها .

ملاءمة تلك القواعد لمعطيات المنازعات ذات الطابع الدولى .

وهذا على العكس من بعض التشريعات كالقانون الفرنسى ، الذى لم يتضمن الا نصوصا قليلة لتنظيم الأختصاص الدولى ، حتى فى أحدث تعديلاته لعام ١٩٧٥ .

**ثالثا :** أنه بوضع قواعد تنظيم اختصاص المحاكم المصرية ، فان المشرع لم يغلق الباب أمام دواعى الملاءمة ومسايرة حاجة التجارة الدولية ، فلم يجعل نصوصه مغلقة تحكم جميع انواع الاختصاص حتى وان لم توضع لها . فلقد أخرج بعض المنازعات عن نطاق تطبيق تلك القواعد ، فأباح اللجوء الى التحكيم فى منازعات التجارة الدولية . ونظم ذلك فى قانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية ....... وأباحه أيضا فى القانون رقم ٤٣ لعام ١٩٧٤ المعدل بالقانون رقم ٣٢ لعام ١٩٧٧ والخاص بأستثمار رأس المال العربى والأجنبى .

ولتفصيل ماسبق ان اجمالنه درج الفقه على تقسيم حالات اختصاص القضاء المصرى بالمنازعات الخاصة الدولية إلى اربع فئات هى:

**أولا :** الضوابط المبنية على سيادة الدولة الاقليمية أو الشخصية .

**ثانيا :** الضوابط المشتقة من طبيعة النزاع .

**ثالثا :** الضوابط التى يتطلبها حسن اداء العدالة .

**رابعا :** الضوابط التى تقوم على ارادة الخصوم .

وهو ما سنعالجه فى المباحث التالية :

# المبحث الأول

## الضوابط المبنية على سيادة الدولة الاقليمية او الشخصية

**١ - موطن المدعى عليه :**

يعتبر موطن المدعى عليه من أهم الضوابط التى يقوم عليها الاختصاص القضائى الدولى فى كافة الدول . كما انه يعد ، كما هو معلوم، من أهم الأسس التى يقوم عليها الاختصاص الداخلى .

ويرجع اصل هذه القاعدة للقانون الرومانى الذى كان يقضى بأن المدعى يسعى إلى المدعى عليه فى محكمته .

وقد أخذت معظم التشريعات الحديثة بهذه القاعدة ، على أساس من مبدأ ضمان الفاعلية الدولية للاحكام ، ذلك ان محكمة موطن المدعى عليه هى أقدر المحاكم على الزام المدعى عليه بالحكم الصادر منها بما لها من سلطة فعلية عليه ، وهى اقدر محكمة على كفالة آثار الحكم الصادر منها باعتبار ان موطن المدعى عليه هو المكان الذى تتركز فيه مصالحه وأوجه نشاطه .

وقد اخذ المشرع المصرى بقاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه بأعتبارها من القواعد الاساسية فى مجال الاختصاص الداخلى ، حيث نص صراحة فى المادة ١/٤٩ على أن "يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه مالم ينص القانون على خلاف ذلك".[1]

---

[1] وبذلك يكون المشرع قد اخذ بمبدأ عام مقتضاه أن الاصل فى الاختصاص المحلى هو المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه وهو ذات المبدأ المقرر فى قانون المرافعات القديم الصادر سنة ١٩٤٨.

وقد بنيت هذه القاعدة على أساس أن المدعى عليه يعتبر برىء الذمة حتى يثبت العكس وأنه ليس من العدل أن نحمله مشقة الانتقال الى محكمة غير محكمة موطنه قبل أن تثبت مسئوليته .

ويرى الفقه الاستناد الى هذه الحجة يكون من باب أولى فى المجال الدولى عنه فى المجال الداخلى، اذ ان انتقال المدعى عليه إلى محكمة دولة غير تلك التى يوجد بها موطنه والدفاع عن نفسه امامها يشكل صعوبة اكبر من مجرد انتقاله امام محكمة اخرى داخل نفس الدولة.[1]

ومن ثم فقد جاء نص المادة ٢٩ مرافعات على أنه "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الاجنبى الذى له موطن أو محل اقامة فى الجمهورية وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع فى الخارج".

ويثور السؤال بادىء ذى بدىء حول المقصود بموطن المدعى عليه.

ويعد تحديد معنى الموطن مسألة وصف او تكييف يحكمها القانون المدنى الذى يحكم التكييف وهو، كما حدده المشرع بالمادة /١٠ من القانون المدنى، قانون القاضى المعروض عليه النزاع ، أى القانون المصرى.

ويمكن التفرقة بين اربعة صور للموطن :

**١ - الموطن العام :**

فالموطن كما عرفه القانون المدنى فى المادة /٤٠ "هو المكان

---

[1] انظر استاذنا الدكتور فؤاد رياض . تنازع القوانين والاختصاص القضائى الدولى وآثار الاحكام الأجنبية. دار النهضة العربية ١٩٩٤ . ص ٤١٦ ومابعدها .

الذى يقيم فيه الشخص عادة " ويمكن ان يطلق على هذه الصورة وصف الموطن العام للشخص . وللموطن العام عنصراه :

**أ - العنصر المادى :**

الاقامة والسكن فى اقليم الدولة ولو كان الشخص يتغيب عنه بعض الوقت .

**ب - العنصر المعنوى :**

وهو نية البقاء[١] والاعتياد والاستقرار فى هذا الأقليم . وقد يكون للشخص اكثر من موطن واحد اذا كان يقيم فى مكانين مثلا اقامة معتادة فى كل منهما.

**٢ - الموطن الخاص :**

قد لا يكون للشخص موطن عام فى مصر ولكنه يتخذ منها مع ذلك مقراً لمباشرة نشاط معين كتجارة او حرفة .

فالمكان الذى يباشر فيه الشخص تجارته او حرفته يعتبر موطناً بالنسبة لادارة الاعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة (المادة ٤١/١ مدنى).

وعلى ذلك أجاز المشرع اختصاص المحاكم المصرية بما يرفع على الشخص من منازعات سواء أكان اختصاصه فى موطنه العام أو الخاص الا أنه قصر الاختصاص فى الحالة الثانية على الدعاوى المتعلقة

---

[١] ويستقل قاضى الموضوع بتقدير توفر هذه العناصر بأعتبارها من الأمور الواقعية . انظر احكام النقض فى ٦٦/٣/١٠ المكتب الفنى سنة ١٧ق ص ٥٥١ . و١٩٧٦/١١/١٨ سنة ٢٧ق ص ١٦١٩ . وفى تحديد الموطن فى فقه الشريعة الاسلامية (نقض فى ١٩٨٠/١٢/٢٢ طعن رقم ٤٥ لسنة ٤٨ق). حيث لا يختلف مفهوم الموطن فى الشريعة عنه فى القانون المدنى الحالى .

بالتصرفات المرتبطة بالموطن الخاص دون غيرها.

**٣ - الموطن المختار :**

قد لا يوجد للمدعى عليه موطن عام أو خاص فى مصر ولكن يكون له فيها موطنا مختاراً . وقد عرفت المادة ٤٣ من القانون المدنى الموطن المختار بأنه "هو ما يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانونى معين" ويكون "الموطن المختار ... هو الموطن بالنسبة لكل ما يتعلق بهذا العمل...".

وقد نصت المادة ٣٠ من قانون المرافعات على أن "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى ليس له موطن او محل اقامة فى الجمهورية وذلك فى الاحوال الاتية :

**١ - اذا كان له فى الجمهورية موطن مختار.**

وتعالج هذه المادة حالات ينعقد فيها الاختصاص لمحاكم الجمهورية على الرغم من ان المدعى عليه الاجنبى ليس له موطن أو محل اقامة فى الجمهورية .

ولما كان الموطن المختار قاصراً على كل ما يتعلق بالعمل القانونى الذى تم اختيار هذا الموطن لتنفيذه كما اوضحت المادة ٤٣ مدنى فإن اختصاص المحاكم المصرية يكون قاصراً على الدعاوى المرتبطة بهذا العمل القانونى .

**٢ - الموطن القانونى :**

راعى المشرع أن هناك طائفة من الاشخاص يقيمون عادة فى مكان، ولكنه يعتبر مكانا اخر موطنا لهم. فهؤلاء الاشخاص لا يستطيعون مباشرة حياتهم القانونية لوجود عارض يحول دون ذلك ، ولابد أن تباشر

أعمالهم القانونية بواسطة شخص آخر . وموطن هذا الاخير هو موطن قانونى أو حكمى بالنسبة لهم .

فموطن من ينوب عن القاصر أو المحجور عليه والمفقود والغائب، يعتبر موطنا لهؤلاء . فرعاية مصلحة عديمى الاهلية أو ناقصيها وكذلك المفقود والغائب ، تبرر عقد الاختصاص بالدعاوى التى ترفع عليهم، للمحكمة الكائن فى دائرتها موطن من ينوب عنهم قانونا ، كما قررت ذلك صراحة المادة ٢/٤٢ من القانون المدنى .

ويلاحظ هنا أن القانون قد يجيز للقاصر الذى بلغ ثمانى عشرة سنة ومن فى حكمه ، مباشرة نشاط أو تصرف معين ، فيكون موطنه الفعلى ، وليس موطن نائبه ، موطنا خاصا بالنسبة للاعمال والتصرفات التى يعتبره القانون أهلا لمباشرتها . فالدعوى التى ترفع على هذا القاصر والمتعلقة بهذه الاعمال والتصرفات تختص بها المحكمة الكائن فى دائرتها موطنه الفعلى .

ولم يقتصر المشرع على الاخذ بضابط الموطن لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية بل اعتبر مجرد كون الاقليم المصرى محل لإقامة المدعى عليه الاجنبى كافيا لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية بشأن الدعاوى التى ترفع على هذا الأجنبى .

ومن المسلم به أن الاقامة تختلف عن الموطن اذ هى تقوم على العنصر المادى دون العنصر المعنوى أى دون ان يكون لدى الشخص نية الاستقرار ، فيعد اقليم الدولة محلا لاقامة الشخص لمجرد اقامته المادية بها الإقليم[1] ويلاحظ أن وجود المدعى عليه العارض باقليم الدولة

[1] ويؤيد فريق من الفقه أخذ المشرع المصرى بضابط الاقامة فقط فى عقد الاختصاص

أو مروره العابر لها لا يعتبر من قبيل الاقامة أو لا يجعل لـه محـل اقامـة فى مصر بالمعنى الذى قصدته المادة ٢٩ من قـانون المرافعـات وبالتـالى لا يترتب عليه عقد الاختصاص للمحاكم المصرية .

ومن النظم القانونيـة مـا يكتفـى لعقد الاختصـاص لمحـاكم الدولـة بمجرد الوجود العارض كالنظام القانونى الانجليزى حيـث يكفـى المـرور العابر للمدعى عليه باقليم الدولـة أو التواجـد العـارض لعقد الاختصـاص للمحاكم الانجليزية طالما تم الاعلان بالدعوى اثناء الوجود باقليم الدولة.

والواقع أن بناء الاختصـاص الدولـى لمحـاكم الدولـة علـى مجـرد الوجود العارض لا يتفق مع أى من الاصول التى يقوم عليها الاختصاص القضائى الدولى والتى يستند اليها عقد الاختصاص للمحاكم المصريـة اذا كان للمدعى عليه موطن أو محل اقامة بمصر ، فاذا كان بالامكان تـبرير اختصاص المحاكم المصرية فى حالة وجود محل اقامة للمدعى عليه فـى مصر بفكرة قوة النفاذ وكذلك بفكـرة عدم ارهـاق المدعـى عليـه وتكليفـه مشقة الانتقال الى دولة أخرى ، فانه لا مجال للاخذ بهذه الاعتبارات فـى حالة التواجد العارض للمدعى عليه بالاقليم المصرى.[١]

ورغم وضوح نص المادة ٢٩ من قانون المرافعات ، الا أنه يثـير فى العمل عدة صعوبات هى :

**أولا : تعدد المدعى عليهم :**

تظهر المشكلة الاولى فى الحالة التـى يتعـدد فيـها المدعـى عليـهم بينما لا يتحقق سوى لاحدهم فقط الاقامة او التوطن فى مصر .

---

للمحاكم المصرية باعتبار أن ذلك يتمشى مع الدور المتزايد لفكرة الاقامة فـى القـانون الدولى الخاص على وجه العموم. أنظر الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة : محـاضرات فى المرافعات المدنية الدولية ص ٨٠.

[١] انظر استاذنا الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض . المرجع السابق ، ص ٤٢٠ ومابعدها.

ولاشك فى أن وحدة الخصومة وتلافى تضارب الاحكام تقتضى عقد الاختصاص لمحاكم الدولة بالنسبة لجميع المدعى عليهم طالما توافر ضابط الاختصاص بالنسبة لاحدهم .

لذلك نص المشرع فى المادة ٣٠ فقر ٩ من قانون المرافعات على اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى التى ترفع على الاجنبى الذى ليس له موطن أو محل اقامة فى مصر "اذا كان لاحد المدعى عليهم موطن أو محل اقامة فى مصر" أى أن المحاكم المصرية تختص بالنسبة للمدعى عليه الاجنبى الذى لم يكن ليخضع أصلا لولايتها وذلك بالتبعية للمدعى عليه الذى له موطن أو محل اقامة فى مصر . وهذا هو نفس الاتجاه الذى سار عليه المشرع المصرى فى مجال الاختصاص المحلى الداخلى حيث تقضى المادة ٤٩ الفقرة الثامنة من قانون المرافعات بامكان رفع الدعوى على المدعى عليهم جميعا فى حالة تعددهم فى خصومة واحدة امام المحكمة الكائن فى دائرتها موطن أحدهم.[١]

**شروط تطبيق نص المادة ٩/٣٠ مرافعات :**

يستخلص من نص هذه المادة أن المشرع استلزم اربعة شروط هى:

١ - يشترط لامكان امتداد اختصاص المحاكم المصرية للمدعى عليهم المتعددين أن يكون المدعى عليه المتوطن فى مصر أو الذى له فى مصر محل اقامة مختصما فى الدعوى بصفة أصلية . فاذا كان مختصما فى الدعوى بصفة تبعية فان المحاكم المصرية لا تختص بالنسبة لسائر

---

[١] مثال ذلك أن ترفع الدعوى على الشخص المتوطن فى مصر باعتباره كفيلا بينما المدين الاصلى مقيم بالخارج. ففى هذه الحالة يكون المدعى عليه المتوطن فى مصر مختصما بصفة تبعية أو احتياطية مما لا يسوغ رفع الدعوى على المدعى عليه الاصلى الموجود فى الخارج .

المدعى عليهم .

٢ - ويشترط لامكان اخضاع المدعى عليهم المتعددين المقيمين بالخارج لاختصاص المحاكم المصرية أن تشكل الطلبات الموجهة الى كل منهم وحدة تبرر جمعها فى دعوى واحدة يمكن رفعها أمام المحاكم المصرية أو امام محكمة موطن أو محل اقامة احدهم كما لو تعلقت جميع الطلبات بفعل ضار واحد .

٣ - ويتعين لامكان امتداد اختصاص المحاكم المصرية للمدعى عليهم المتعددين الذين ليس لهم موطن او محل اقامة فى مصر أن يكون اختصاص المحاكم المصرية بالنسبة لاحد المدعى عليهم مبنيا على وجود موطنه او محل اقامته فى مصر . بمعنى أنه اذا كان اختصاص المحاكم المصرية بالنسبة لاحد المدعى عليهم قائم على أساس غير الموطن او محل الاقامة كما لو كان قائما على خضوعه الاختيارى للمحاكم المصرية فان الاختصاص لا ينعقد للمحاكم المصرية بالنسبة لباقى المدعى عليهم.

٤ - ويشترط أن يكون التعدد حقيقيا وليس صوريا ، بأن توجه اليهم طلبات فى الدعوى ، وليس اختصامهم ليصدر الحكم فى مواجهتهم او لمجرد المثول فيها.[1]

**ثانيا : وضع الشخص الاعتبارى :**

هل ينطبق نص المادة /٢٩ على الاشخاص الاعتبارية؟

لم يفرق المشرع فى نص المادة ٢٩ من قانون المرافعات بين كون المدعى عليه الاجنبى شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا . بل اكتفى باشتراط ان يكون المدعى عليه له موطن أو محل اقامة فى مصر . ومن

---

(١) انظر احكام النقض المصرى فى ١٩٩١/٤/٢٨ فى الطعنان رقما ٦٤١ ، ٦٦٨ لسنة ٦٠ ق.

المعلوم أن الشخص الاعتبارى له موطن كالشخص الطبيعى سواء بسواء فتقضى المادة ٥٣ فقرة ثانية من القانون المدنى "بأن الشخص الاعتبارى يكون له .... موطن مستقل" وعرفت نفس المادة موطن الشخص المعنوى بأنه "المكان الذى يوجد فيه مركز ادارته". وعلى ذلك فان المحاكم المصرية تختص بالدعاوى التى ترفع على الاشخاص الاعتبارية أو الاشخاص المعنوية اذا كان مركز ادارتها الرئيسى فى مصر اذ يعتبر هذا المركز موطنا حكميا للشخص المعنوى .

واذ وجد مركز ادارة الشخص المعنوى الرئيسى فى الخارج ولكن كان لهذا الشخص نشاطا فى مصر فان المحاكم المصرية تختص كذلك بالدعاوى المرفوعة على هذا الشخص المعنوى تأسيسا على أن له موطنا فى مصر وذلك وفقا لنص المادة ٥٣ من القانون المدنى الذى يقضى "الشركات التى يكون مركزها الرئيسى بالخارج ولها نشاط فى مصر يعتبر مركز ادارتها بالنسبة للقانون الداخلى المكان الذى توجد فيه الادارة المحلية".[(١)]

**الاستثناء : الدعاوى المتعلقة بعقار واقع فى الخارج :**

وقد استثنى المشرع فى المادة ٢٩ من قانون المرافعات السالفة الذكر من اختصاص المحاكم المصرية بصدد الدعاوى المرفوعة على أجنبى له موطن أو محل اقامة فى مصر "الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع فى الخارج". فهذه الدعاوى لا تختص بها المحاكم المصرية ولو كان المدعى عليه متوطنا أو مقيما فى مصر. ويدخل فى نطاق هذا الاستثناء ثلاث أنواع من الدعاوى :

---

(١) ويثور السؤال فى ظل الانفتاح الاقتصادى المتبع فى مصر فى الأونة الحالية حول مدى اختصاص المحاكم المصرية بالنسبة للشركات التى يوجد مركز ادارتها بالخارج وليس لها فى مصر الا وكالة أو فرع . ونحن نتفق مع من يرى أنه يمكن فى ضوء نص المادة ٥٣ من القانون المدنى القول بأن هذه الشركات موطنها الحكمى فى مصر بخصوص النشاط الذى تمارسه وبالتالى فانها تخضع لولاية القضاء المصرى .

**الأولى هى** الدعاوى العينية العقارية وهى التى تهدف الى حماية حق عينى عقارى كحق الملكية وحق الانتفاع بالنسبة لعقار موجود فى الخارج ومن الطبيعى أن تخرج مثل هذه الدعاوى من اختصاص القضاء المصرى اذ من القواعد المستقرة فى القانون الدولى الخاص فى كافة الدول أن مثل هذه الدعاوى تخضع للمحكمة التى يوجد بها موقع العقار.

والنوع الثانى من هذه الدعاوى هو الدعاوى الشخصية العقارية. وهى التى ترفع بناء على التزام شخص بنقل حق عينى على عقار ويكون الغرض منها تقرير هذا الحق العينى فى وجه الملزم بنقله. ومثالها الدعاوى التى يرفعها المشترى للعقار بعقد غير مسجل طالبا منها الحكم على البائع بصحة التعاقد واعتبار الحكم ناقلا للملكية من وقت تسجيل صحيفة الدعوى.[١]

ولاشك أن محكمة موقع العقار هى التى تملك كافة آثار الحكم الصادر منها فى هذا الصدد كما أنها أقدر على الفصل فى الدعوى المتعلقة بهذا العقار .

أما النوع الثالث من الدعاوى العقارية المشار اليها فى المادة ٢٩ فهى المعروفة بالدعاوى المختلطة ومثالها الدعوى التى يرفعها المشترى بعقد مسجل يطلب فيها تسليم العقار المبيع اليه ودعوى البائع على المشترى بفسخ عقد البيع ورد العقار اليه . ومن الواضح أن محكمة موقع العقار هى الأقدر على الفصل فى مثل هذه الدعوى أيضا وكفالة آثار الحكم الصادر منها .

**٢ - جنسية المدعى عليه :**

تقضى المادة ٢٨ من قانون المرافعات المصرى بأن "تختص

---

[١] مادة ١٥ من قانون تنظيم الشهر العقارى .

محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على المصرى ولو لم يكن له موطن أو محل اقامة فى الجمهورية وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع بالخارج". ويتضح من هذا النص أن المشرع قد اخذ بضابط جنسية المدعى عليه لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية. ويرجع أخذ المشرع بضابط الجنسية لتحديد اختصاص المحاكم المصرية للفكرة التى سبق لنا الاشارة اليها والتى سادت فى المجتمع الدولى خلال فترة طويلة ومقتضاها أن مرفق القضاء هو امتياز خاص للوطنين وجد لاقامة العدل بينهم . وقد أكدت المذكرة الايضاحية لمشروع قانون المرافعات هذه الفكرة فى تقريرها "أن ولاية القضاء وان كانت اقليمية فى الاصل بالنسبة للوطنيين والاجانب الا أنها شخصية بالنسبة للاولين فتشملهم ولو كانوا متوطنين أو مقيمين خارج أقليم دولتهم". ويتضح من ذلك أن المشرع يعتبر كذلك أن اختصاص المحاكم بالنسبة للوطنيين تعبير عن السيادة الشخصية للدولة .

وقد ذهب فريق من الفقه إلى بناء الاختصاص على ضابط جنسية المدعى عليه باعتبار أنه يحقق مصلحة المدعى عليه المصرى تأسيسا على أن الوضع الغالب هو توطن المصريين فى بلدهم . كما أنه يوفر للمدعى محكمة يقاضى لديها المدعى عليه المصرى الغير متوطن فى مصر بدعوى قد لا يتوافر الاختصاص بها لاية محكمة أجنبية .[1]

ويضيف المؤيدون لضابط جنسية المدعى عليه فى تحديد اختصاص المحاكم الوطنية أن تقرير هذا الاختصاص يتفق مع "قاعدة عامة من قواعد الاختصاص في قانون المرافعات وهى أن المدعى يتبع

---

[1] انظر الدكتور عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص ، الجزء الثانى الطبعة السابعة ص ٦٧٤ ، وانظر كذلك الدكتور كمال فهمى ، أصول القانون الدولى الخاص الطبعة الثانية فقرة ٤٧٢ حيث يقرر أن "جواز اختصام الشخص امام محاكم دولته من المبادىء المسلمة دون حاجة الى نص".

المدعى عليه".[١]

ونحن نتفق مع رأى آخر فى الفقه يذهب إلى أن بناء الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية على جنسية المدعى عليه المصرية لا يستجيب للاساس الحقيقى الذى يقوم عليه توزيع الاختصاص القضائى بين الدول كما أنه ليس من شأنه تحقيق مصلحة المدعى أو حماية المدعى عليه وتيسير الامور بالنسبة له . ذلك أن المشرع قد أخذ بهذا الضابط بشكل مطلق دون أن يدعمه بأية رابطة مادية بين المدعى عليه المصرى واقليم الدولة . فنص المادة ٢٨ من قانون المرافعات لا تتطلب لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية سوى كون المدعى عليه مصرى الجنسية دون أن تشترط اقامته فى الاقليم المصرى بل ودون ان تشترط وجود أى أموال له أو مصالح حقيقية تربطه بمصر . ومن ثم فان اختصاص المحاكم المصرية فى هذه الحالة يفتقر الى عنصر أساسى هو عنصر الرابطة الفعلية بين النزاع وبين الدولة وهى الرابطة التى من شأنها كفالة آثار الحكم الذى تصدره الدولة فى النزاع [٢].

وأنه لا ينبغى الاستناد فى هذا الصدد الى قاعدة المدعى يتبع المدعى عليه المعروفة فى قواعد الاختصاص الداخلى . ذلك أن تطبيق هذه القاعدة فى القانون الداخلى يعنى الاخذ بموطن المدعى عليه كضابط للاختصاص. وقد رأينا أن موطن المدعى عليه يعتبر من القواعد الاساسية فى مجال الاختصاص الدولى أيضا . والحكمة من هذه القاعدة

---

(١) انظر دكتور احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ص ٧٠.

(٢) يستفاد من اطلاق النص أن الاختصاص يثبت للمحاكم المصرية بمجرد تمتع المدعى عليه بالجنسية المصرية ايا كان مكان اقامته وسواء كانت المنازعة حول مال فى مصر أو فى الخارج أو كان السبب المنشىء للعلاقة بمحل النزاع قد تم فى مصر أو فى الخارج بل أنه لا عبرة كذلك بكون القانون الواجب التطبيق على النزاع هو القانون المصرى أم قانون دولة أجنبية . انظر الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٤٢٦.

سواء فى مجال الاختصاص الداخلى أو فى مجال الاختصاص الدولى هى التيسير على المدعى عليه وعدم تكليفه مشقة الانتقال الى محكمة أخرى غير محكمة المكان الذى يوجد به . وهذه الحكمة منتفية بالنسبة لقاعدة اختصاص المحكمة المبنى على جنسية المدعى عليه. بل ان فى الاخذ بهذه القاعدة ارهاق لا مبرر له بالنسبة للمدعى عليه المصرى وذلك اذ كان مقيما فى الخارج ، اذ سيضطر الى الانتقال الى محكمة قد تبعد كثيرا عن موطنه . والقول بأن غالبية المصريين متوطنين فى مصر لا يبرر الاخذ بهذه القاعدة بل يجعلها فى الواقع عديمة الجدوى نظرا لان اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى المرفوعة على المصريين المتوطنين فى مصر أو المقيمين بها مكفول دائما على أساس ضابط الموطن أو الاقامة الذى سبق بيانه[1]. أما المصريون المقيمون بالخارج فان النص يلقى عليهم عبأ لا داعى له للانتقال الى مصر للمثول أمام القضاء المصرى فى كل دعوى يختصمون فيها. ويبدو أن المشرع المصرى قد هدف من وراء الأخذ بهذه القاعدة الى توفير العدالة للمصريين أينما كانوا وهى فكرة ترتكز على اعتبار مرفق القضاء مرفقا خاصا بالوطنيين كما أنها تقوم على عدم الثقة فى قضاء الدول الاجنبية وعدم الاطمئنان الى عدلتها ، وهما فكرتان ثبت عدم ملائمتهما للعلاقات ذات الطابع الدولى فى المجتمع الدولى الحديث . وفضلا عن ذلك فان القول بأن محاكم الدولة هى الاقدر على توفير العدالة لرعايا الدولة كان يجب أن يؤدى الى تقرير الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية كلما كان المدعى نفسه مصرى الجنسية وليس عندما يكون المدعى عليه هو المصرى الجنسية فحسب ومن ثم يؤكد خطأ الاخذ بمبدأ الجنسية كأساس للاختصاص القضائى الدولى . والواقع أن المشرع المصرى لم يأخذ

---

[1] أنظر فى ذلك الدكتور هشام صادق ، تنازع الاختصاص القضائى الدولى ص ٧٥.

بجنسية المدعى كأساس لاختصاص المحاكم المصرية مما يؤكد عدوله ولو بشكل غير كامل عن فكرة اعتبار القضاء الوطنى مرفقا خاصا بالوطنين وهى الفكرة التى أخذ بها غيره من المشرعين كالمشرع الفرنسى[١] .

وقد ثار التساؤل حول ما اذا كان ضابط الجنسية الذى قررته المادة ٢٨ من قانون المرافعات المصرى يسرى فى مواجهة الاشخاص المعنوية أم أنه قاصر على الاشخاص الطبيعيين .

يرى فريق من الفقه المصرى أن ضابط الجنسية قاصر على الاشخاص الطبيعيين دون الاشخاص المعنوية وحجتهم فى ذلك أن "أساس القاعدة المذكورة هو سيادة الدولة الشخصية التى تباشرها على رعاياها والتى لا تحدها حدود اقليمية ، والشخص الاعتبارى ليس عضوا فى شعب الدولة حتى يوصف بأنه من الوطنيين بالنسبة للدولة ولانه لا يتمتع بأى جنسية بالمعنى الفنى لهذا الاصطلاح ".

ونحن من جانبا لا نؤيد هذا الرأى ونرجح انه لا داعى لقصر أعمال ضابط الجنسية على الاشخاص الطبيعيين دون الاشخاص المعنوية بحجة أن الشخص المعنوى لا يمكن أن يوصف بأنه من الوطنيين . فالجنسية نظام قانونى تترتب عليه نتائج لازمة بالنسبة للشخص الطبيعى والشخص المعنوى على حد سواء ومن المعلوم أن معاملة الدولة للشخص المعنوى والحقوق التى تقرها له كالحق فى التملك والحق فى ممارسة النشاط المهنى والاقتصادى تختلف وفقا لكونه من الوطنيين أم من الاجانب . وعلى ذلك فان نص المادة ٢٨ السابق الذكر باختصاص

---

[١] أنظر المادة ١٤ والمادة ١٥ من القانون المدنى الفرنسى . أنظر كذلك فى مناقشة ضابط الجنسية كأساس لاختصاص المحاكم الوطنية بحث الدكتور ماهر السداوى : جنسية الخصوم الوطنية كضابط للاختصاص القضائى الدولى (جامعة المنصورة سنة ١٩٧٨).

المحاكم المصرية بالدعاوى "التى ترفع على المصرى" ينصرف الى المصرى بصفة عامة سواء أكان شخصا طبيعيا أم معنويا باعتبار أن كليهما مخاطبين بأحكام القانون .

ويتفق ذلك مع ما ذهب اليه الفقه الفرنسى بصدد تطبيق نص المادة/١٥ من القانون المدنى الفرنسى والمماثلة لنص المادة ٢٨ من قانون المرافعات المصرى .

وقد استثنى المشرع من اختصاص المحاكم المصرية المبنى على جنسية المدعى عليه المصرية "الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع فى الخارج".

وعلى ذلك فان المحاكم المصرية تختص بكافة الدعاوى التى ترفع على المصرى حتى ولو كانت كافة عناصر النزاع الاخرى غير مرتبطة بمصر كما لو كان المال محل النزاع بالخارج أو كانت الواقعة مصدر الالتزام أو محل تنفيذ الالتزام بالخارج وذلك باستثناء الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار كائن خارج الاقليم المصرى سواء كانت هذه الدعاوى عينية أم شخصية أم مختلطة على التفصيل الذى سبق لنا بيانه بشأن اختصاص المحاكم المصرية المبنى على موطن المدعى عليه بمصر [1].

ويتعين الاعتداد بجنسية المدعى عليه وقت رفع الدعوى عند تحديد اختصاص المحاكم المصرية. فان كان مصريا وقت رفع الدعوى

---

[1] وعلى ذلك فان المحاكم المصرية تكون مختصة بالدعاوى العينية المنقولة اذا كان المدعى عليه مصريا أو له موطن أو محل اقامة بمصر وذلك رغم وجود المنقول محل النزاع خارج الاقليم المصرى . كذلك تختص هذه المحاكم بالدعاوى الشخصية المنقولة حتى ولو تعلقت بعقار كائن بالخارج كالدعوى المرفوعة من المقاول ضد مالك العقار بطلب نفقات اصلاحه .

انعقد الاختصاص للمحاكم المصرية . وتظل هذه المحاكم مختصة حتى ولو تم تغيير هذه الجنسية بعد رفع الدعوى باعتبار أن للمدعى حقا مكتسبا فى استمرار نظر الدعوى .

واذا كان المدعى عليه مصريا قبل رفع الدعوى ثم فقد هذه الجنسية عند رفعها فان الضابط الذى يقوم عليه اختصاص المحاكم المصرية لا يعد متوافرا وبالتالى لا تكون هذه المحاكم مختصة بنظر النزاع وذلك حتى ولو كان المدعى عليه وطنيا وقت نشوء العلاقة محل النزاع .

ويبقى التساؤل ، هل الاختصاص الذى تقرره المادة ٢٨ مرافعات هو إختصاص ملزم وإجبارى ، بحيث لا يجوز اختصام من يتمتع بالجنسية المصرية الا أمام القضاء المصرى، وأى حكم يصدر من محكمة أجنبية على خلاف تلك القاعدة ، يعتبر صادرا من محكمة غير مختصة ولا يمكن شموله بأمر التنفيذ فى مصر اذا كان واجب التنفيذ فيها؟[1] .

يوحى نص المادة ٢٨ مرافعات بأن الاختصاص المعقود للمحاكم المصرية هو من قبيل الاختصاص الالزامى . فهو يقضى بأن "تختص" محاكم الجمهورية ، وهذا يعنى اتجاه نية المشرع الى جعل الاختصاص هنا اختصاصا الزاميا وقاصرا على القضاء المصرى. فهو لم يقل مثلا "يجوز رفع الدعوى امام المحاكم المصرية" فى حالة كون المدعى عليه مصرى الجنسية .

كما أن تبرير نص المادة ٢٨ السابق ذكره بفكرة سيادة الدولة

---

[1] أنظر استاذنا الدكتور احمد عبد الكريم . مختصر قانون العلاقات .. . مرجع سابق ذكره . ص ٧٥ ومابعدها.

الشخصية على رعاياها يمكن أن يسند هذا القول . فسيادة الدولة ومد سلطان سلطتها القضائية الى رعاياها لا يمكن أن يحدها قيد من إرادة اطراف الدعوى بعقد الاختصاص لمحاكم دولة أجنبية . وهذا يعنى جعل قواعد الاختصاص القضائى من النظام العام التى لا يجوز الزوج عليها .

- والواقع أننا نذهب مع جانب من الفقه الى عكس ذلك . فالرجوع الى حكمة النص لا يمكن أن تقود إلا الى تقرير الطبيعة الاختيارية للاختصاص المقرر فى المادة ٢٨ . وقد ذهب الفقه المصرى الراجح الى تأييد ذلك بقوله "إذا كان أداء العدالة بوصفه مصلحة عامة هو الذى يجعل محاكم الدولة مختصة بالمنازعات التى تراها تدخل فى اختصاصها توخيا لتحقيق هذه المصلحة ، كان من الممكن فهم أن هذا التحقيق يتوافر بأداء العدالة فى إقليم الدولة ، وهو ما يتحقق عندما يكون ضابط الاختصاص إقليميا ، سواء أكان شخصيا وهو ضابط الموطن أم كان موضوعيا كموقع المال ومحل ابرام العقد ومحل تنفيذه . أما اذا كان ضابط الاختصاص شخصيا غير إقليمى ، وهو ضابط الجنسية المصرية وحدها لدى المدعى عليه ، بأن كان المدعى عليه متمتعا بهذه الجنسية غير متوطن أو غير مقيم فى مصر وليس له مال فيها كان من الصعب فى هذه الصورة القول بأن تحقق المصلحة العامة بأداء العدالة فى إقليم الدولة يستلزم رفع الدعوى أمام المحاكم المصرية، وكان من السهل قبول الخروج من إختصاص هذه المحاكم خاصة وان ضابط الجنسية وحده ضابط ضعيف فى ميدان الاختصاص القضائى".

واذا كان تقرير الاختصاص للمحاكم المصرية فيه إمتياز للمدعى عليه، فلاشك أن هذا الامتياز يجوز التنازل عنه بارادة من قرر لصالحه. ويجوز حينئذ ان يقبل اختصاص محكمة أجنبية . وبناء عليه يكون الحكم الصادر من هذه الاخيرة قابلا للتنفيذ فى مصر ، هذا ما لم يكن الحكم قد

صدر فـي دعوى تدخل فـي الاختصـاص القـاصر أو الالزامـي للمحـاكم المصرية .

وقد أيدت أحدث أحكام القضـاء الفرنسـي الصـادرة حتـى سـنة ١٩٩٥ الطبيعـة الاختياريـة للقـاعدة المقـررة فـي المـادة ١٥ مـن القـانون المدنى الفرنسى والمماثلة لحكم المادة ٢٨ من قانون المرافعات المصرى.

وعند وضع المـادة ٢٨ مرافعـات ، لـم يغـض المشـرع المصـرى النظر عن دواعى الملاءمة وسرعة الفصل فـي الدعوى بحكم ميسـور النفاذ ، فلم يجعـل الاختصـاص عامـا يشمل جميـع أنـواع الدعـاوى التـى يكـون الخصـم المدعـى عليـه فيـها مصـرى الجنسـية . فاسـتثنى منـها "الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع فى الخارج".

وقد راعى المشرع بهذا الاستثناء اعتبارين : الأول ويكمن فـي أن محكمة موقع العقار هى أقدر من غيرها على الفصـل فـي كافـة الدعـاوى المتعلقة بهذا العقار ، فهى أقرب من غيرها، وقد يستلزم تحقيـق الدعـوى إنتقال المحكمة أو الخبراء الى محل العقار لاجراء المعاينات اللازمة .

أما الاعتبار الثانى ، فهو يتعلق باحترام السيادة الاقليمية لكل دولة ومراعاة أن ضوابط الاختصاص التى تقوم على فكرة الاقليمية اقوى أثرا فـي مواجهـة الضوابـط الشـخصية كضـابط الجنسـية - ومبـدأ احـترام الاختصاص الاقليمى والاعـتراف باختصـاص محكمـة موقـع العقـار مـن شأنه اتاحة الفرصة لتنفيذ الحكم الصادر فى خصوص هذا العقار .

**٣ - موقع المال :**

يعتبر اختصاص محاكم الدولة بالمنازعات المتعلقة بمـال موجـود بأقليمها من أكثر القواعد رسوخا فى مختلف الدول . ذلك أن وجود المـال باقليم دولة يكشف عن ارتباط النزاع بـاقليم الدولـة ويعبر عن سيطرتها

الفعلية على موضوع النزاع . وفى ذلك ما يمكنها من كفالة آثار الحكم الصادر من محاكمها كما يجعل هذه المحاكم أقدر من غيرها على الفصل فى النزاع المتصل بالمال وعلى اتخاذ ما يلزم من اجراءات مادية كأعمال الخبرة والمعاينات التى يتطلبها الفصل فى النزاع وكذلك الاجراءات اللازمة للمحافظة على المال حتى الفصل فى الدعوى[1] .

وقد جرى العمل فى مجال الاختصاص القضائى الدولى على سريان القاعدة المذكورة سواء تعلق النزاع بعقار أو بمنقول ، وذلك بخلاف الحال فى مجال الاختصاص الداخلى ، حيث يقتصر أعمالها على المنازعات المتعلقة بالعقار ، أما المنازعات المتعلقة بالمنقول فتختص بها محكمة موطن المدعى عليه .

وينص المشرع المصرى فى المادة ٣٠ فقرة ثانية من قانون المرافعات على اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى "المتعلقة بمكان موجود بالجمهورية" . وقد جاء النص مطلقا . فهو لم يفرق بين كون المال عقارا أو منقولا ، كما أنه لم يفرق بين المعاملات المالية وبين مسائل الاحوال الشخصية . وعلى ذلك تختص المحاكم المصرية بالدعوى حتى ولو كان النزاع بصدد مسألة من مسائل الاحوال الشخصية كالوصية مادامت تتعلق بمال كائن بمصر ، وذلك فضلا عن اختصاصها بكافة الدعاوى فى مجال المعاملات المالية التى يكون موضوعها التزاما متعلقا بعقار أو منقول كائن بمصر . وتختص المحاكم المصرية بنظر النزاع المتعلق بعقار أو بمنقول كائن بمصر أيا كان نوع الدعوى ، أى سواء أكانت عينية أم شخصية أم مختلطة .

والدعوى العينية أو المنقولة هى التى يرفعها صاحب الحق العينى

---

[1] استاذنا الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ص ٤٣٠ ومابعدها .

على المال بطلب تقرير حقه في مواجهة من ينازعه كالدعوى بملكية العقار ودعوى الحيازة أو كالدعوى بملكية المنقول .

أما الدعوى الشخصية العقارية أو المنقولة فهى التى تستند الى حق شخصى سواء بقصد الحصول على عقار كالدعوى التى يرفعها بائع العقار بعد تسجيل العقد على المشترى منه مطالبا فيه بالفسخ أو بقصد الحصول على مال منقول كدعوى المؤجر على المستأجر بسداد أجرة العقار. أما الدعوى المختلطة فهى التى تستند الى حق شخصى وحق عينى فى نفس الوقت كدعوى المشترى على البائع بتسليم العقار المبيع بعد تمام التسجيل .

## المبحث الثانى
## ضوابط الاختصاص
## المشتقة من طبيعة النزاع أو صلته
## بالنظام القانونى الوطنى

**١ ـ وجود محل الالتزام بمصر :**

لاشك أن وجود محل الالتزام بإقليم الدولة انما يعبر عن ارتباط هذا الالتزام بالدولة ويجعل محاكمها أكثر قدرة على الفصل فى المنازعات الناجمة عن هذا الالتزام ، وعلى كفالة الآثار المترتبة على الحكم الصادر فى النزاع . لذلك نص المشرع فى المادة ٣٠ فقرة ثانية على أنه "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الاجنبى الذى ليس له موطن أو محل اقامة فى الجمهورية .. اذ كانت الدعوى متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه فى مصر ....".

ولم يفرق المشرع بين كون الالتزام عقديا أم غير عقدى .

ففى كلتا الحالتين ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية اذا كانت مصر هى محل الالتزام ، وذلك حتى ولو لم يكن المدعى عليه متوطنا بمصر أو كان مصرى الجنسية .

**أولا : الالتزامات التعاقدية :**

يكون الالتزام التعاقدى بمصر إذا كان العقد أى التصرف المنشىء للالتزام قد أبرم فى مصر . كذلك تعتبر مصر محلا للالتزام اذا كان قد تم تنفيذه فى مصر أو كان هذا التنفيذ واجبا فيها. وعلى ذلك فقد ينعقد الاختصاص بنظر مثل هذه المنازعات للمحاكم المصرية ومحاكم دولة أجنبية فى نفس الوقت، كما لو كان العقد قد تم ابرامه فى مصر وتم تنفيذه فى الخارج ، أو كان موطن المدعى عليه فى الخارج . وحينئذ يثور التساؤل حول مدى اقرار القانون المصرى لاختصاص المحاكم الاجنبية بنفس النزاع . وهو ما سنعرض له بالتفصيل عند دراسة آثار الاحكم الأجنبية .

وقد ورد نص المادة ٣٠ السالف الذكر عاما بحيث يسرى بالنسبة لكافة الالتزامات العقدية مدنية كانت أم تجارية كما يسرى بالنسبة للالتزامات الارادية غير العقدية[١] .

ولا يستثنى من ذلك سوى العقود التى تهدف الى تقرير حق عينى على عقار واقع فى الخارج .

وقد استقر الفقه على اعتبار هذا القيد عاما بحيث يسرى كذلك اذا كان محل الالتزام بمصر .

---

[١] وعلى ذلك تختص المحاكم المصرية بالدعاوى المتعلقة بالوصية اذا كانت قد اجريت فى مصر أو نص على تنفيذها فيها ؟

ومن ثم فان المحاكم المصرية لا تختص بنظر الدعوى - رغم ابرام العقد بمصر - اذا كان العقد يتعلق بنقل حق عينى على عقار كائن بالخارج .

ويثور السؤال حول تحديد المقصود بابرام العقد وكذلك المقصود بتنفيذ الالتزام التعاقدى . ولما كان الامر يتعلق بتفسير قاعدة من قواعد الاختصاص المصرية فان القانون المصرى هو الذى يتكفل بهذا التحديد فهو الذى يحدد مثلا متى يتم ابرام العقد بين الغائبين[1] ، ومتى يعتبر العقد قد تم تنفيذه .

**ثانيا : الالتزامات غير التعاقدية :**

كذلك ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية اذا كانت مصر محل الالتزام الناجم عن الفعل الضار أو الفعل النافع .

وفيما يتعلق بالفعل الضار يثور التساؤل عن محل الفعل الضار المنشىء للالتزام وذلك اذا اختلف مكان وقوع الخطأ عن مكان تحقق الضرر .

ونرى مع جانب من الفقه [2] وجوب تفسير المقصود بمحل وقوع الفعل الضار بحيث ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية سواء كانت مصر هى مكان وقوع الخطأ أم كانت مكان تحقق الضرر .

أما بالنسبة للفعل النافع أو الاثراء بلا سبب فان الالتزام بالرد مشروط بوقوع الاثراء ولا عبرة بالافتقار فى ذاته أو بما يتجاوز قيمة

---

[1] ومن المعلوم أن العقد بين غائبين يعتبر قد أبرم فى المكان الذى علمَ فيه الموجب بالقبول وفقا لنص المادة ٩٧ من القانون المدنى المصرى . ومن صور ذلك استخدام الفاكس والانترنت فى ابرام العقود .

[2] الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق .

الاثراء . وعلى ذلك يمكن القول بأن محل نشوء الالتزام الناجم عن الفعل النافع هو مكان تحقق الاثراء . فاذا تحقق الاثراء في مصر انعقد الاختصاص للمحاكم المصرية بنظر الدعوى. أما اذا كانت واقعة الافتقار هى التى تحققت وحدها فى مصر فانه يتعذر القول بنشوء الالتزام حينئذ كما أن هذه الواقعة لا تكفى وحدها لقيام الرابطة المادية اللازمة لاختصاص المحاكم المصرية لامكان كفالة آثار الحكم الصادر فى النزاع.

**٢ -اشهار الافلاس فى مصر :**

تقضى المادة ٣٠ من قانون المرافعات بأنه "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الاجنبى الذى ليس له موطن او محل اقامة فى الجمهورية اذا كانت الدعوى متعلقة بافلاس أشهر فى الجمهورية".

وعلى ذلك يكفى لانعقاد الاختصاص للمحاكم المصرية بشأن الدعاوى المتعلقة بالافلاس أن يكون قد صدر اشهار هذا الافلاس من المحاكم المصرية . ولم يشترط المشرع كون المال محل النزاع كائنا بالاقليم المصرى ، كما أنه لم يشترط توطن المدعى عليه بمصر أو تمتعه بالجنسية المصرية . ذلك أن المحاكم التى حكمت باشهار الافلاس هى أوثقها صلة بشئون التفليسة وأقدرها على الفصل فى الدعاوى المتعلقة بها. هذا فضلا عن أن جمع كافة هذه الدعاوى أمام محكمة واحدة من شأنه تلافى تضارب الاحكام الصادرة بشأنها . ويعتبر من الدعاوى المتعلقة بالتفليسة والتى تختص بها المحاكم المصرية وفقا للنص السابق كافة الدعاوى الناشئة عن شهر الافلاس أو المتعلقة بادارة التفليسة وكذلك أية دعوى يطبق بشأنها قاعدة من قواعد نظام الافلاس سواء رفعت من السنديك أو الدائن أو الغير أو رفعت عليهم . ومثال ذلك الدعوى التى

يرفعها دائن المدين المفلس على السنديك للمطالبة بدينه والدعوى التى يرفعها السنديك على الغير مطالبا بدين للمفلس أو طالبا الحكم بعدم نفاذ تصرفات المفلس فى فترة الريبة .

أما الدعاوى الغير ناجمة عن التفليسة أو الغير خاضعة لقواعد نظام الافلاس ومثلها الدعوى ببطلان تصرف المدين المفلس لسبب لا يتعلق بالافلاس لعدم مشروعية السبب فانها تخرج عن نطاق الدعاوى التى نصت المادة ٣٠ فقرة ثانية على اختصاص المحاكم المصرية بها.

واذا كان المشرع قد قرر اختصاص المحاكم المصرية بالنسبة للدعاوى المتعلقة بافلاس تم اشهاره فى مصر ، الا أنه لم يبين متى تختص هذه المحاكم باشهار هذا الافلاس . وازاء سكوت المشرع فى تحديد ضابط معين لاختصاص المحاكم المصرية باشهار الافلاس فانه يتعين الرجوع للضوابط العامة للاختصاص القضائى الدولى التى نص عليها قانون المرافعات ، بحيث تختص المحاكم المصرية باشهار الافلاس اذا كان المدعى عليه متوطنا[1] أو مقيما بمصر أو كان مصرى الجنسية أو كانت أموال التاجر المدين بمصر . غير أن الامر يدق اذا كانت مصر هى محل الالتزام بالنسبة لبعض العمليات التجارية التى قام بها التاجر المدين. ونحن نؤيد أنه من العسير الاكتفاء بكون محل الالتزام فى مصر لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية لشهر الافلاس طالما كان الضابط يتعلق بعمليات فردية لا تشمل كافة الدائنين وبالتالى لا يكفل اشراك هؤلاء كلهم أو غالبيتهم فى التفليسة .

**٣ - دعاوى الارث والتركات :**

راعى المشرع عند تحديده لقواعد الاختصاص القضائى الدولى

---

[1] ويستوى فى ذلك وجود موطن عام للمدعى عليه فى مصر أو موطن خاص .

لمحاكم الجمهورية الصلة الوثيقة بين مختلف الدعاوى التى ترفع بشأن أرث أو تركة . ومن ثم رأى أن يجمع بينها فى صعيد واحد من حيث الاختصاص . فلم يعتد فى تقريره اختصاص محاكم الجمهورية بمحل اقامة او توطن المدعى عليه ، كما لم يعتد بصفة المدعى وكونه وارثا أم من الغير . كذلك لم يعتد بسبب الدعوى وكونها تتعلق بالمطالبة بحق الارث أو بدين على التركة أو بقسمتها أو بادارتها وانما اشترط فقط لاختصاص محاكم الجمهورية بجميع الدعاوى المتعلقة بالارث أو التركة توافر أحد شروط ثلاث تضمنتهم المادة ٣١ من قانون المرافعات على سبيل الحصر :

الأول : أن تكون التركة قد افتتحت بجمهورية مصر العربية . وتعتبر التركة قد افتتحت بالجمهورية اذا كانت الجمهورية هى آخر موطن للمورث.

الثانى : أن يكون المورث مصرى الجنسية . ويرجع فى تحديد جنسية المورث الى أحكام تشريع الجنسية فى جمهورية مصر العربية.

الثالث : أن توجد أموال التركة كلها أو بعضها بأقليم الجمهورية ويستوى فى هذا الصدد أن يكون المال الموجود باقليم الجمهورية منقولا أم عقارا .

وعلى ذلك فانه اذا توافر أى من الشروط الثلاث السابقة اختصت المحاكم المصرية بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالأرث أو التركة.

## المبحث الثالث

## ضوابط الاختصاص التى يتطلبها حسن أداء العدالة

**١ - الدعاوى المتعلقة بمسائل الاحوال الشخصية اذا كان المدعى**

**متوطنا بالجمهورية أو مصرى الجنسية :**

لما كانت المنازعات المتعلقة بمسائل الاحوال الشخصية وثيقة الصلة بحياة الانسان وكيانه فقد حرص المشرع على التيسير على المدعى وتمكينه من الوصول الى حقه دون أى تأخير .

فنص المشرع فى المادة ٧/٣٠ من قانون المرافعات على اختصاص محاكم الجمهورية بنظر المنازعات المتعلقة بمسائل الاحوال الشخصية المرفوعة من مدعى مصرى الجنسية أو أجنبى متوطن بها فى حالتين :

أما الحالة الأولى فتتحقق اذا لم يكن للمدعى عليه الاجنبى موطن معروف فى الخارج . ومن الجلى انه لا مفر فى هذه الحالة من عقد الاختصاص لمحاكم الجمهورية مراعاة لصالح المدعى. فواجب الدولة الاساسى هو أداء العدالة نحو مواطنيها وكذلك نحو المتوطنين بها.

أما الحالة الثانية لاختصاص المحاكم المصرية فهى تتحقق اذا كان القانون المصرى هو الواجب التطبيق على النزاع وفقا لقواعد الاسناد المصرية . وقد رأى المشرع أن المحاكم المصرية ستكون أقدر على تطبيق القانون المصرى خاصة وأن المدعى مصرى الجنسية أو أجنبى متوطن بها، هذا فضلا عن أنه من المرغوب فيه أن تكفل محاكم الدولة تطبيق قانونها بنفسها كلما استطاعت الى ذلك سبيلا .

**٢ - الدعاوى المتعلقة بالزواج :**

لما كان الزواج من المسائل الوثيقة الصلة بالشخص فقد رأى المشرع تحقيقا لحسن سير العدالة وتيسيرا على الخصوم أن يستثنى بعض الدعاوى المتصلة بالزواج من الخضوع للقواعد السابق بيانها فى تحديد الاختصاص القضائى الدولى لمحاكم الجمهورية وذلك على

التفصيل الآتى :

أولا : رأى المشرع فى المادة ٣/٤٠ أنه اذا كان عقد الزواج المراد ابرامه يدخل فى اختصاص موثق مصرى وفقا لقواعد تنازع القوانين فان المعارضة فى هذا الزواج يتعين أن تختص بنظرها أيضا محاكم الجمهورية .

والواقع أن تقرير مثل هذا المبدأ يؤدى الى حسن سير العدالة ، فقد لا يكون هناك سبيل من الناحية القانونية لمنع هذا الزواج الا عن طريق صدور حكم قضائى ولاشك أن محاكم الجمهورية أقدر على اصدار مثل هذا الحكم نظرا لان الزواج سيبرم أمام موثق ينتمى الى الدولة ويخضع لسلطان محاكمها ، هذا فضلا عن أنه فى النص على اختصاص محاكم الجمهورية تيسير لصاحب الحق قانونا فى الاعتراض اذ سيجنبه الالتجاء الى محاكم دولة موطن المدعى عليه .

ثانيا : الدعاوى المتعلقة بطلب فسخ زواج أو بالتطليق أو بالانفصال. رأى المشرع حماية ثلاث طوائف من الزوجات وتمكينهن من رفع دعواهن المتعلقة بفسخ الزواج أو التطليق أو الانفصال أمام المحاكم المصرية وذلك بالرغم من عدم توطن أو اقامة الزوج المدعى عليه بالاقليم المصرى .

أما الطائفة الاولى فهى طائفة الزوجات اللاتى كن يتمتعن بجنسية جمهورية مصر العربية وفقدن هذه الجنسية بالزواج . فقد رأى المشرع فى المادة ٤/٣٠ من قانون المرافعات السماح لهذه الطائفة برفع دعوى الطلاق أو التطليق أو الفسخ على أزواجهن أمام محاكم الجمهورية اذا كن متوطنات باقليم الجمهورية ، وذلك دون أن يشترط وجوب توطن او اقامة الزوج المدعى عليه باقليم الجمهورية . ويهدف المشرع بهذا النص

**كما يستفاد من المذكرة الايضاحية أن يمكن الزوجة التى كانت مصرية والمتوطنة بالجمهورية من استرداد جنسية جمهورية مصر العربية بعد حصولها على حكم قضائى لصالحها .**

أما الطائفة الثانية فهى طائفة الزوجات اللاتى هجرهن ازواجهن وتوطنوا خارج الجمهورية ، فقد رأى المشرع فى المادة ٤/٣٠ السماح لهؤلاء الزوجات برفع الدعاوى المتعلقة بفسخ الزواج أو الانفصال أو التطليق أمام محاكم الجمهورية ، حتى بالرغم من توطن المدعى عليه بالخارج . ولكن يشترط لاعمال هذا النص أن تكون الزوجة متوطنة باقليم الجمهورية وذلك دون النظر الى الجنسية التى تتمتع بها فيستوى فى هذا الصدد أن تكون الزوجة مصرية أم أجنبية .

والواقع أن فى النص على اختصاص محاكم الجمهورية بالنسبة لهذه الدعاوى تيسير على الزوجة التى هجرها زوجها ورعاية لمصلحتها اذ قد يتعذر عليها لظروف اجتماعية واقتصادية الالتجاء الى محكمة دولة موطن الزوج المدعى عليه ومقاضاته أمامها .

أما الطائفة الثالثة فهى طائفة الزوجات المتوطنات باقليم الجمهورية واللائى أبعد أزواجهن عن اقليم الجمهورية فقد رأى المشرع حماية لمصالحهن أن يعقد الاختصاص لمحاكم الجمهورية اذا كان الزوج قد أبعد عن اقليم الجمهورية . ويشترط للاختصاص فى هذه الحالة كما هو الشأن بالنسبة للحالة السابقة أن تكون الدعوى متعلقة بفسخ زواج او انفصال أو تطليق وأن تكون الزوجة متوطنة باقليم الجمهورية وذلك دون النظر الى جنسيتها .

**٣ - دعاوى النفقات :**

نص المشرع فى المادة ٥/٣٠ من قانون المرافعات على اختصاص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الاجنبى الذى

ليس له موطن أو محل اقامة بالجمهورية "اذا كانت الدعوى متعلقة بطلب نفقة للام أو للزوجة متى كان لهما موطن فى الجمهورية أو للصغير المقيم فيها.

رأى المشرع ضعف حالة الطالب بالنفقة وحاجته الى الرعاية فخرج عن القاعدة المعروفة فى الاختصاص القضائى الدولى والتى تقضى باختصاص محاكم الجمهورية اذا كان للمدعى عليه موطن أو محل اقامة بالجمهورية وذلك فى الحالتين الآتيتين :

الأولى: تتعلق بدعاوى النفقة التى تقام من أم أو زوجة لها موطن بجمهورية مصر العربية . فقد اعتد المشرع بتوطن الام أو الزوجة فى اقليم الجمهورية وقرر اختصاص محاكم الجمهورية بدعاوى النفقة التى ترفع من أى منهما وذلك حماية لمصلحتهما . ولم يجعل المشرع لجنسية الام أو الزوجة أى أثر بالنسبة لاختصاص محاكم الجمهورية ، كما لم يجعل للموطن أو لمحل اقامة المدعى عليه أى أثر فى الاختصاص .

والثانية : تشمل دعاوى النفقة التى تقام من الصغير فقرر اختصاص محاكم الجمهورية فى هذه الحالة حتى ولو لم يكن المدعى عليه المطالب بالنفقة مقيما أو متوطنا بالجمهورية . غير أن المشرع قد اكتفى لامكان اختصاص محاكم الجمهورية بدعوى الصغير أن يكون مقيما باقليم الجمهورية وذلك على خلاف الشأن بالنسبة لدعاوى النفقة المقامة من الام أو الزوجة حيث تطلب المشرع التوطن باقليم الجمهورية.

**٤- دعاوى النسب :**

نص المشرع فى المادة ٦/٣٠ على اختصاص محاكم الجمهورية بجميع دعاوى النسب اذ كان الصغير المراد اثبات نسبه مقيما بالجمهورية

وبذلك لا يشترط لاختصاص محاكم الجمهورية أن يكون المدعى عليه متوطنا أو مقيما بها بل يكفى لانعقاد الاختصاص مجرد اقامة الصغير بها، وذلك دون النظر الى موطن الصغير أو الى الجنسية التى يتمتع بها، فالصغير هو صاحب المصلحة الحقيقية فى الدعوى، ومن ثم يتعين مراعاة لقصره ألا نضطره الى الالتجاء الى محاكم الدولة الاجنبية التى يتوطن بها المدعى عليه.

**٥ - دعاوى الولاية :**

رأى المشرع استثناء جميع الدعاوى المتعلقة بالولاية من قاعدة اختصاص محاكم الجمهورية الذى ينبى على أساس توطن او محل اقامة المدعى عليه . غير أن المشرع فرق فى هذا الصدد بين الدعاوى المتعلقة بالولاية على النفس وتلك المتعلقة بالولاية على المال .

أما بالنسبة للدعاوى المتعلقة بالولاية على النفس فقد نص المشرع صراحة فى المادة ٦/٣٠ من قانون المرافعات على اختصاص محاكم الجمهورية بجميع دعاوى الولاية على النفس اذا كان الصغير مقيما بالجمهورية . ويستوى فى هذا الصدد أن يكون الغرض من دعوى الولاية سلب الولاية أو الحد منها أو وقفها أو استردادها. ويستوى كذلك أن يكون الصغير متمتعا بجنسية الجمهورية أو أجنبيا عنها، بل يستوى فى هذا الصدد أن يكون المدعى عليه متوطنا أو مقيما بالجمهورية ، فالعبرة فقط بكون الجمهورية محلا لاقامة الصغير حتى ولو لم يكن له موطن بها . ومما لاشك فيه أن فى اختصاص محاكم الجمهورية بمثل هذه الدعاوى مراعاة لظروف الصغير صاحب المصلحة الحقيقية فى الدعوى .

أما بالنسبة للدعاوى المتعلقة بالولاية على المال فقد نص المشرع

على اختصاص محاكم الجمهورية "اذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الولاية على المال متى كان للقاصر أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائيا موطن أو محل اقامة فى الجمهورية او اذا كان بها آخر موطن أو محل اقامة الغائب".

ويتبين من هذا النص أن محاكم الجمهورية تختص بنظر الدعاوى المتعلقة بالولاية على المال اذا كان مالك المال متوطنا أو مقيما فى الجمهورية. ويستوى فى هذا الصدد أن تكون الدعوى المتعلقة بالولاية على المال مرفوعة من المالك أو مرفوعة ضده. كذلك يستوى أن يكون المالك قاصرا أو مطلوب الحجر عليه أم غائبا ، فالعبرة فقط لاختصاص محاكم الجمهورية بكون المالك مقيما أو متوطنا باقليم الجمهورية .

وجدير بالذكر أن قانون المرافعات القديم أخذ بهذا الحكم أيضا فى المادة ٨٦١ غير أن هذا القانون كان يقصر الاختصاص بالنسبة لدعاوى الولاية على المال على حالة توطن مالك المال باقليم الدولة . ولم يكن يقر اختصاص المحاكم اذا كان المالك مقيما فقط باقليم الدولة وذلك على خلاف الشأن بالنسبة للمادة ٨/٣٣ من قانون المرافعات الجديد التى تعتد بكل من الاقامة والموطن لاختصاص محاكم لجمهورية .

## المبحث الرابع
## ضوابط الاختصاص التى يفرضها منطق الخصومة القضائية

**١ - الخضوع الاختيارى :**

حرص المشرع فى المادة ٣٢ من قانون المرافعات على النص على اختصاص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع أمامها ولو لم تكن داخلة أصلا فى اختصاصها اذا قبل الخصم ولايتها . ولم يتطلب

المشرع لانعقاد الاختصاص للمحكمة أن يكون قبول المدعى عليه صريحا، بل اكتفى بالقبول الضمنى ، كأن يقبل مثلا الترافع أمام المحكمة دون ان يدفع بعدم الاختصاص . اما اذا لم يحضر المدعى عليه فلا يمكن اعتبار غيابه من قبيل القبول الضمنى لاختصاص المحاكم المصرية اذ تنص المادة ٣٥ من قانون المرافعات على أنه "اذا لم يحضر المدعى عليه ولم تكن محاكم الجمهورية مختصة بنظر الدعوى طبقا للمواد السابقة تحكم المحكمة بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها".

ولا يؤثر غياب المدعى بعد سبق رفع دعواه إذ يمثل رفعه لدعواه بمصر تعبير واضح عن قبوله الصريح للخضوع للمحاكم المصرية .

**دور الارادة فى سلب الاختصاص القضائى الدولى :**

لم تتناول المادة ٣٢ حكم الفرض الذى يتفق فيه الخصوم على سلب الاختصاص من المحاكم المصرية واقراره لمحاكم دولة أجنبية.

وقد ذهب فريق من الفقه الى وجوب الاعتراف للارادة بالاثر الايجابى فقط أى بجلب الاختصاص للمحاكم المصرية وعدم الاعتداد بهذه الارادة اذا ترتب عليها الانتقاص أو سلب اختصاص هذه المحاكم. ويرون أن ذلك هو النتيجة الطبيعية المترتبة على حرية كل دولة فى تنظيم الاختصاص الدولى لمحاكمها وعدم وجود قواعد دولية ملزمة فى هذا الصدد . هذا فضلا عن أن قواعد الاختصاص القضائى تتعلق فى رأيهم بالنظام العام ومن ثم يتعين عدم الاعتداد بارادة الخصوم اذا كان من شأنها الانتقاص من هذا الاختصاص .

ونحن نتفق مع فريق آخر فى القول بوجوب عدم اقحام فكرة النظام العام فى مجال تحديد الاختصاص القضائى . فمن المعلوم أن فكرة النظام العام تتسم بالمرونة وعدم الدقة مما يجعل أعمالها فى مجال

الاختصاص القضائي - وهو مجال قائم أساسا على اعتبارات الملاءمة العملية ومدى الرابطة الفعلية بين النزاع ومحاكم الدولة - أمرا محفوفا بالمحاذير ، هذا فضلا عن أن القول بأن قواعد الاختصاص القضائي الدولي من النظام العام يستلزم في الحقيقة رفض كل دور للارادة الفردية في مجال تقرير هذا الاختصاص جلبا له أو سلبا أياه .

ونؤيد مع فريق من الفقه المصرى الحديث[1] وجوب الاعتداد كذلك بالاثر السالب لارادة الافراد في تحديد اختصاص المحاكم المصرية في جميع الفروض التى لا تكون فيها العلاقة القانونية التى نشأ بشأنها المنازعة غير مرتبطة ارتباطا وثيقا بالنظام القانونى المصرى . أما اذا كانت هذه العلاقة مرتبطة ارتباطا وثيقا بالنظام القانونى المصرى فأن اتفاق الأطراف على سلب اختصاص المحاكم المصرية وعقد الاختصاص لمحكمة أجنبية لا يرتب أى أثر في مواجهة القضاء المصرى. كذلك نؤيد ما يقرره هذا الفريق من. أنه "يلزم الا يسمح القاضى بهذا الخروج الارادى عن قواعد الاختصاص المقررة في قانونه الا بعد الرجوع الى قانون الدولة التى تم الاتفاق على الخضوع اراديا لمحاكمها للوقوف على مدى سلامة هذا الخضوع وفقا للقانون الأجنبى.

**٢ - الدعاوى المرتبطة بالدعوى الاصلية :**

حرص المشرع عند قيامه بوضع قانون المرافعات الجديد على الاخذ بالقاعدة التى استقر عليها العمل في القانون المقارن والتى مقتضاها اختصاص المحكمة بنظر الطلبات التى ترتبط بدعوى اصلية مرفوعة اليها. فنص في المادة ٣٣ من قانون المرافعات على أنه "اذا رفعت

---

[1] انظر فؤاد رياض ، المرجع السابق والدكتور عكاشة عبد العال: الاجراءات المدنية والتجارية الدولية ص ٨٥ ، الدكتورة حفيظة الحداد : القانون القضائى الخاص الدولى ص ١٣٦.

المحاكم مختصة بالفصل فى المسائل الأولية والطلبات العارضة على الدعوى الاصلية كما تختص بالفصل فى كل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضى حسن سير العدالة أن ينظر معها".

ويتضح من هذا النص أولا أنه اذا كانت المحاكم المصرية مختصة بنظر الدعوى المرفوعة أمامها فانها تختص أيضا بالفصل فى جميع المسائل الأولية التى يتعين البت فيها حتى يمكن الفصل فى النزاع الاصلى وذلك حتى ولو لم يكن النظر فى هذه المسألة الأولية يدخل أصلا فى اختصاصها اذ رفعت أمامها استقلالا . فمثلا اذا رفع نزاع بشأن صحة وصية وكانت جنسية الخصوم محل نزاع فان المحكمة تختص بنظر هذه المسألة الأولية وهى تحديد جنسية الخصوم حتى تتمكن من تحديد القانون الواجب التطبيق .

مما يتضح من هذا النص أن المحاكم المصرية تختص بالفصل فى الطلبات العارضة المتصلة بدعوى تدخل أصلا فى اختصاص محاكمها. وقد جعل المشرع هذا الاختصاص عاما يسرى بالنسبة لجميع الدعاوى عينية كانت أم شخصية. كما يسرى بالنسبة لجميع الطلبات العارضة المقدمة من المدعى أو المدعى عليه.

وأخيرا يكشف هذا النص ان محاكم الجمهورية تختص بالفصل فى كل طلب يرتبط بدعوى مرفوعة اليها اذ كان حسن سير العدالة يقتضى نظرها معها. ومن أوضح صور الارتباط وجود وحدة فى السبب أو فى الموضوع أو فى الخصوم. فان تحقق ذلك فانه يتعين على المحكمة أن تفصل فى الطلب العارض حتى ولو لم يدخل فى اختصاصها اذا رفع اليها ابتداء.

**٣ - الاجراءات الوقتية والتحفظية :**

نص المشرع صراحة فى المادة ٣٤ مـن قـانون المرافعـات علـى أنه "تختص محاكم الجمهورية بالاجراءات الوقتيـة والتحفظيـة التـى تنفذ فى الجمهورية ولو كانت غير مختصة بالدعوى الاصلية".

ويتبين من هـذا النـص أنـه يتعيـن علـى القـاضى المصـرى اتخـاذ الاجراءات الوقتية اللازمة والامر بالاجراءات التحفظية الواجـب تنفيذهـا بالاقليم المصرى وذلك حتى ولو ثبت عدم اختصاصه بـالدعوى الاصليـة ذلك أن التراخى فى القيام بالاجراءات الوقتية أو التحفظية الى حين البـت فى النزاع الاصلى المرفوع أمام محكمة دولة أجنبية قد يكون فيه اضرار بمصالح الخصوم وضياع لحقوقهم . لذلـك لـم يـتردد المشـرع فـى تقريـر اختصاص محاكم الجمهورية بالامر بتنفيذ الاجراءات الوقتيـة والتحفظيـة التى يراد تنفيذهـا فـى الجمهوريـة حتـى ولـو لـم تكـن المحـاكم المصريـة تختص أصلا بنظر النزاع وهو فى هذا الصدد يتفـق مـع مـا جـرى عليـه العمل فى تشريعات مختلف الدول .

وهو ما أكد عليه المشرع حين قرر اختصاص المحاكم المصريـة بالنظر فى وتنفيذ الاجراءات الوقتية والتحفظية التى تعـرض عليـها رغـم وجود شرط للتحكيم امام احدى هيئات التحكيـم الخـاص الدولـى بمقتضـى نص المادة /١٤ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .

## الفصل الثالث

## آثار الأحكام الأجنبية

تنظم الدولة حياة مجتمعها من الناحية القانونية بوسيلتين رئيسيتين:

**الأولى :** هى وسيلة تشريعية موجهة الى الكافة ويعبر عنها (بالقوانين).

**الثانية :** وسيلة قضائية مقصود بها حسم المنازعات التى تتشعب بين أفراد معينين ويعبر عنها "بالاحكام القضائية".

ولما كانت الحياة الاجتماعية والاقتصادية للدولة لم تعد محدودة بحدودها السياسية بل اصبحت تتعدى هذه الحدود لتتصل بحياة الجماعات الاخرى، فان السؤال يثور عما اذ كانت الوسائل التى تتبعها الدول فى تنظيم حياة مجتمعها القانونية يمكنها أيضا أن تمتد خارج حدود هذه الدولة.

وسوف نرى أن القوانين يمكنها أن تمتد خارج حدود الدولة بمعنى أنها قد تلقى أحيانا تطبيقا من محاكم الدول الأجنبية .

ويثور بالتالى التساؤل : هل يمكن للحكم القضائى الصادر من محاكم الدولة أن ينتج آثارا خارج حدود الدولة التى أصدرته ، أو بعبارة أخرى ما مدى الاثار التى يمكن أن تنتجها الاحكام الأجنبية فى الاقليم المصرى؟

**المقصود بالحكم الاجنبى :**

يقصد بالحكم الاجنبى الحكم الصادر باسم سيادة دولة أجنبية وذلك بغض النظر عن مكان صدور الحكم ، وعلى ذلك فقد كانت الاحكام

الصادرة من المحاكم القنصلية الفرنسية الموجودة بمصر فى ظل نظام الامتيازات تعتبر أحكاما فرنسية فى فرنسا بالرغم من صدورها فى مصر وذلك لان القنصل الفرنسى كان يحكم باسم دولته .

أما عن تحديد ما يعتبر حكما يصدر الامر بتنفيذه فيخضع لقانون القاضى المطلوب منه تنفيذ الحكم وفقا لمبدأ خضوع التكييف لقانون القاضى .

وتعتبر الاحكام الصادرة من الهيئات الدولية التى لها سلطة القضاء كمحكمة العدل الدولية والمركز الدولى لحل المنازعات المتعلقة بالاستثمار من قبيل الاحكام الاجنبية ، كذلك تعتبر قرارات التحكيم التى تصدر فى الخارج أجنبية بغض النظر عن جنسية الخصوم أو جنسية المحكمين أو المكان الذى عقدت فيه المشارطة . فالعبرة وفقا لنص المادة ٢٢٩ه من قانون المرافعات المصرى بكون حكم التحكيم قد صدر فى دولة أجنبية ، أذ تقضى هذه المادة بسريان النصوص الخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية فى مصر "على أحكام المحكمين الصادرة فى بلد أجنبى".

**آثار الأحكام الوطنية :**

ولبحث الآثار التى ينتجها الحكم الأجنبى أو التى ينتجها الحكم خارج حدود دولته يتعين علينا أن نتبين أولا آثار الحكم داخل حدود الدولة التى صدر فيها .

ومن المعلوم أن الحكم الوطنى ينتج أثرين رئيسيين :

الأثر الأول : هو القوة التنفيذية وبمقتضاها يستطيع الشخص الذى صدر الحكم لصالحه اقتضاء حقه جبرا عن المدين بواسطة السلطة العامة.

**والأثر الثانى :** هو حجية الشىء المحكوم فيه وبمقتضاه يعتبر الحكم متضمنا قرينة لا تقبل الدليل العكسى على أنه الحق بعينه .

فالنزاع ينقضى بصدور الحكم وليس فى الامكان طرحه من جديد أمام القضاء فاذا حاول أحد الطرفين رفع نفس الدعوى من جديد أمام نفس الدرجة القضائية فان الطرف الآخر يمكنه أن يدفع بسبق الفصل فى الدعوى .

تلك بوجه عام آثار الاحكام داخل حدود الدولة التى صدرت من محاكمها فهل يجب أن نعترف للاحكام الاجنبية بنفس هذه الآثار ؟

**أهمية الاعتراف بآثار الاحكام الاجنبية :**

لاشك فى أن السماح للحكم الاجنبى بانتاج آثاره داخل حدود الدولة يعتبر أمرا حيويا . فالحكم القضائى هو بمثابة الحجر الاساسى فى صرح القانون . فالمشرع يضع قواعد تبين حقوق الافراد والتزاماتهم ، كما يضع قواعد لتنظيم الحياة العائلية للافراد ، والحكم القضائى هو الذى يكفل اخراج كافة هذه القواعد الى حيز الوجود . فاذا كان هذا الحكم غير عامل لانتاج أى أثر فان هذه القواعد تصبح بدورها عديمة الجدوى .

وكثيرا ما تستدعى ظروف المنازعات ذات العنصر الاجنبى أن ينتج الحكم الصادر من محاكم الدولة آثاره خارج حدود الدولة التى أصدرته. فاذا أصدرت المحاكم المصرية مثلا حكما ضد أجنبى ليس له أموال بمصر ولكن توجد أمواله بدولة كايطاليا ، فان الحكم الصادر من المحاكم المصرية ضد هذا الاجنبى لن يكون له أية قيمة فعلية طالما أن المحاكم الايطالية لا تسمح بتنفيذه على أموال المدين الموجودة بأقليمها.

ومن ثم فان عدم الاعتراف بالحكم الاجنبى من شأنه أن يؤدى الى اضطراب المعاملات بين الافراد . وهذا الاعتبار يزداد خطورة كلما تقدم

النشاط الاقتصادى . فالمؤسسات التجارية والاقتصادية التى تتعامل مع مؤسسات أجنبية اذا لم يكن فى استطاعتها استيفاء حقوقها من مدينيها المقيمين بالخارج بمقتضى الأحكام التى تصدر لصالحها من المحاكم الوطنية فأنها بلاشك سينتهى بها الأمر الى الامتناع عن التعامل مما يؤدى الى الاخلال بالحياة الاقتصادية للمجتمع الدولى .

وقد يمتد الاضطراب الناشىء عن عدم الاعتراف بالاحكام الاجنبية الى حياة الافراد العائلية . فمثلا اذا أصدرت محاكم دولة معينة حكما بتطليق شخص وتزوج هذا الشخص مرة ثانية وانجب أبناء ، ثم حدث أن انتقل الى دولة أخرى وكانت هذه الدولة لا تعترف بالاحكام الاجنبية، فان الحكم بالتطليق الذى حصل عليه سيعتبر كأن لم يكن ومن ثم فزواجه الثانى سيعتبر باطلا ، وسيعتبر الابناء الذين أنجبهم من زواجه الثانى أبناء غير شرعيين .

من ذلك يتضح أن الأعتراف بآثار الحكم الصادر من محاكم الدولة خارج حدود دولته أمر لابد منه فى العصر الحديث لاستمرار الحياة الاقتصادية والاجتماعية فى المجتمع الدولى .

وهنا يثور التساؤل هل يمكن أن نعترف للحكم الاجنبى بنفس الآثار التى تنتجها الاحكام الوطنية دون قيد أو شرط .

من المعلوم أن الاحكام الصادرة من محاكم الدولة تعتبر أوامر صادرة باسم هذه الدولة . فإذا ما طلبنا من دولة أخرى تنفيذ هذه الاحكام فكأننا نطلب منها الخضوع لاوامر صادرة من سلطات دولة أجنبية .

وربما يكون القاضى الاجنبى قد اخطأ عند فصله فى النزاع أو تحيز الى أحد الطرفين فكيف نسمح بتنفيذ مثل هذا الحكم المعيب .

وقد يؤدى الاعتراف للأحكام الأجنبية بآثارها دون قيد أو شرط

الى تحايل بعض الافراد للهروب من القضاء الوطنى والالتجاء الى قضاء دولة أخرى للوصول إلى ما استحال عليهم الحصول عليه من قضاء دولتهم .

نخلص من ذلك الى أنه اذا كان من الضرورى أن تمتد آثار الحكم خارج حدود الدولة التى أصدرته فان هذه الآثار يجب الا تكون مطلقة بأى حال من الاحوال ، كما يلزم أن تتقيد بقيود وشروط معينة .

وسنتناول بيان القوة التنفيذية للاحكام الاجنبية فى القانون المقارن والقانون الوضعى.

ثم نتناول حجية الاحكام الاجنبية فى القانون المقارن والقانون الوضعى وكذلك آثاره الأخرى الغير متعلقة بالقوة التنفيذية .

## المبحث الأول
## القوة التنفيذية للاحكام الاجنبية فى القانون المصرى والقانون المقارن

لما كان الحكم الأجنبى يصدر باسم دولة أجنبية فقد أجمعت الدول على عدم السماح بتنفيذ الحكم الأجنبى مباشرة داخل اقليم الدولة ، وانما تتطلب لامكان اجراء التنفيذ قيام من صدر الحكم لصالحه بالالتجاء الى القضاء الوطنى أولا .

واذا قارنا بين النظم القانونية فى مختلف الدول امكننا ان نستخلص وجود نظامين للوصول الى تنفيذ الحكم الاجنبى : النظام الأول ويعرف باسم نظام الدعوى والنظام الثانى ويعرف باسم نظام الأمر بالتنفيذ. وسنتناول كل من النظامين بالبحث بايجاز .

**نظام الدعوى ونظام الأمر بالتنفيذ :**

تأخذ الدول المتأثرة بالنظام الانجليزى بنظام الدعوى ومقتضى هذا النظام أن الحكم الاجنبى لا يمكن تنفيذه مباشرة بواسطة السلطة العامة فى الدولة بل يتعين رفع دعوى جديدة أمام القضاء الوطنى للمطالبة من جديد بالحق الذى أقره الحكم الأجنبى .

وقد كانت القاعدة المتبعة فى هذه الدول هى اعتبار الحكم الاجنبى دليلا ظاهرا أى دليلا يقبل اثبات العكس . فيجوز للمدعى عليه الطعن فى صحة الوقائع المبنى عليها الحكم أو الطعن بالخطأ فى تطبيق القانون. وعلى القاضى الوطنى حينئذ أن ينظر موضوع النزاع من جديد ليتأكد من صحة الحكم الأجنبى .

غير أنه ما لبث أن تطور القضاء تدريجيا تحت تأثير حاجة المعاملات الدولية الى أن استقر على اعتبار الحكم الاجنبى دليلا حاسما فى اثبات حق المدعى الذى يحتج بالحكم ، بمعنى أنه لا يجوز للمدعى عليه أن يطعن فى صحة الحكم المقدم كدليل سواء من حيث تطبيق القانون أو من حيث صحة الوقائع. فعلى القاضى الاخذ بهذا الدليل بمجرد توافر بعض الشروط الشكلية ودون أن يفحص موضوع الحكم للتأكد من صحة ما ورد فيه .

ولهذا المبدأ فى الواقع نتيجة هامة اذ أن القاضى الوطنى سيضطر الى الحكم لصالح كل من يرفع دعوى مبنية على حكم أجنبى دون أن يتحقق من صحة الحكم من حيث الموضوع .

أما الدول المتأثرة بالنظام الفرنسى ومنها مصر فتأخذ بما يعرف بنظام الأمر بالتنفيذ . ومؤدى هذا النظام أن الحكم الاجنبى لا يتمتع بالقوة التنفيذية فى اقليم الدولة الا بعد شموله من المحاكم الوطنية بالامر بالتنفيذ

، والقاضى الوطنى لا يشمل الحكم الاجنبى بالأمر بالتنفيذ الا بعد التحقق من توافر عدة شروط لازمة لصحة الحكم من الناحية الدولية . ويمكن وصف هذه الشروط بالشروط الخارجية للحكم بمعنى أنها لا تمس موضوع الحكم الأجنبى نفسه وانما تتعلق فقط بصدوره صحيحا فى المجال الدولى من الناحية الشكلية وقد جرى العمل على تسمية هذا النظام بنظام المراقبة . وقد أخذ التشريع المصرى كمبدأ عام بهذا النظام .

**نظام المراجعة :**

وبينما تكتفى بعض الدول بالتحقق من توفر الشروط الخارجية السالفة الذكر يتجه بعضها الاخر الى اشتراط أن يقوم القاضى الوطنى بمراجعة موضوع الحكم نفسه قبل الامر بتنفيذه وذلك للتأكد من أن القاضى الذى اصدر الحكم قد فصل فى النزاع على وجه سليم .

ومعنى ذلك أن على القاضى ان يراجع وقائع النزاع وله أن يعيد تقديرها وان يبحث عما اذا كان القاضى الاجنبى قد طبق القانون تطبيقا سليما على النزاع . فاذا تبين أن القاضى الاجنبى قد اخطأ فى تقدير الوقائع أو فى تطبيق القانون ، فان القاضى الوطنى يرفض الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبى .

وجلى أن من عيوب هذا النظام أن من شأنه اهدار كل قيمة للحكم الاجنبى واعتباره كأن لم يكن . اذ يتجاهل القاضى الوطنى عمل القاضى الاجنبى ويعطى لنفسه الحق فى نظر النزاع من جديد . ولاشك أنه سيواجه صعوبة كبيرة من الناحية المادية حيث سيكون عليه أن يفصل فى نزاع توجد جميع ملابساته والادلة المتعلقة به فى دولة أو دول أخرى. ولذلك نجد أن معظم الدول قد عدلت عن هذا النظام إلى النظام الاقرب للمنطق القانونى وهو نظام الأمر بالتنفيذ .

## المبحث الثانى

## شروط الأمر بالتنفيذ[١]

تجرى التشريعات المقارنة على وضع عدة شروط تمثل الحد الأدنى الذى لا يمكن التنازل عنه ، لتنفيذ الاحكام الأجنبية، وقد حاكى المشرع المصرى هذه التشريعات وأورد هذه الشروط فى المادة ٢٩٨ من قانون المرافعات ، الا أنه ورغم اندثار مذهب المراجعة فى تنفيذ الاحكام الاجنبية ، فأن المشرع المصرى لم يتخلص من كل آثار هذا النظام ، ويبدو ذلك واضحا من اشتراطه التحقق من توافر شرط المعاملة بالمثل أو التبادل فى نص المادة ٢٩٦ من قانون المرافعات. وعلى ذلك فشروط تنفيذ الحكم الأجنبى فى القانون المصرى هى:[٢]

**الشرط الأول : التحقق من توافر شرط المعاملة بالمثل :**

ومقتضى هذا الشرط انه لا يجوز تنفيذ الحكم الاجنبى الا اذا كانت الدولة التى قد صدر بأسمها الحكم تقبل تنفيذ الاحكام الصادرة من المحاكم المصرية وبنفس القدر .

وتختلف الدول من حيث تقريرها لكيفية التحقق من وجود التبادل، فمنها ما يتطلب أن يكون التبادل دبلوماسيا ومنها ما يتطلب أن يكون التبادل تشريعيا ومنها ما يتطلب أن يكون التبادل واقعيا.

---

[١] يتعين ملاحظة أن أحكام التشريع المصرى لا تسرى فى حالة وجود معاهدة بين مصر ودولة أجنبية بشأن تنفيذ الاحكام الاجنبية . أنظر نص المادة ٣٠١ من قانون المرافعات الحالى والتى تطابق المادة ٤٩٧ من القانون القديم . وانظر حكم محكمة النقض بشأن الاتفاقية العربية لتنفيذ الاحكام الصادرة بقرار مجلس جامعة الدول العربية فى ١٩٥٢/٩/١٤ . نقض ١٩٦٩/١/٢٨ سنة ٢٠ ص ١٧٦.

[٢] أنظر الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق . ص والدكتور احمد عبد الكريم ، مختصر ....... ، مرجع سبق ذكره ص ٤٦٨ ومابعدها.

أما التبادل الدبلوماسى فهو الذى يكون منصوصا عليه فى معاهدة معقودة بين دولتين . فاذا وجد نص فى معاهدة يقضى بضرورة تنفيذ محاكم كل دولة للاحكام الصادرة من محاكم الدولة الأخرى فانه يتعين على القاضى الوطنى فى هذه الحالة أن ينفذ الحكم الأجنبى .

أما التبادل التشريعى فمقتضاه ألا تقوم المحاكم المصرية بتنفيذ أحكام أى دولة أجنبية الا اذا كان تشريع هذه الأخيرة يتضمن نصا يسمح بتنفيذ أحكام القضاء المصرى لدى هذه الدولة .

ولكن قد يحدث أن يشترط تشريع الدولة الاجنبية أيضا لتنفيذ الاحكام المصرية أن تكون أحكام هذه الدولة الأجنبية نافذة لدينا ، فهنا نقع فى حلقة مفرغة اذا كان كل طرف ينتظر أن يبدأ الطرف الآخر بالتنفيذ. ولحل هذه المشكلة جرى العمل على اعتبار مبدأ التبادل متوافر فى مثل هذه الحالة .

وأما التبادل الواقعى فمعناه عدم قبول تنفيذ الاحكام المصرية الأجنبية الا اذا كانت الدولة الاجنبية تسمح فعلا بتنفيذ الاحكام المصرية دون النظر الى وجود معاهدة أو نص تشريعى لاثبات توافر التبادل بل يجب أن نتحقق مما يجرى عليه العمل فعلا أمام القضاء الاجنبى .

وجدير بالذكر أن العبرة فى تقدير التبادل ليست بالنظر الى الدولة التابع لها الخصوم بل أن العبرة بالدولة التى صدر منها الحكم المراد تنفيذه.

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية فى حكم حديث لها إلى أن "النص فى المادة ٢٩٦ من قانون المرافعات يدل على أن المشرع أخذ بمبدأ المعاملة بالمثل أو التبادل وعلى ذلك يتعين أن تعامل الاحكام الأجنبية فى مصر ذات المعاملة التى تعامل بها الأحكام المصرية فى البلد

الأجنبى الذى أصدر الحكم المراد تنفيذه فى مصر ، واكتفى المشرع فى هذا الصدد بالتبادل التشريعى ولم يشترط التبادل الدبلوماسى الذى يتقرر بنص فى معاهدة أو اتفاقية . ويجب على المحكمة أن تتحقق من توافر شرط التبادل التشريعى من تلقاء نفسها.[١]

**تقدير مبدأ التبادل :**

تعرض مبدأ التبادل فى الفقه الدولى الحديث للنقد الشديد وذلك لاسباب عديدة نوجز بعضها فيمايلى :

**أولا : الصعوبات العملية للتحقق من توافر التبادل :**

اذ لا يتصور عملا الزام القاضى الوطنى الذى ينظر فى طلب تنفيذ الحكم الاجنبى بأن يبحث فى قضاء وتشريعات جميع الدول الأجنبية للتأكد من سماحها بتنفيذ أحكامه الوطنية .

**ثانيا : تعارض الشرط مع المصلحة الوطنية للدولة فى بعض الاحيان:**

إذ ليس من مصلحة الدولة دائما أن تعلق تنفيذ الحكم الاجنبى على شرط التبادل ، فمثلا لو حصل أحد المصريين على حكم من محكمة المانية ضد أحد الالمان وأراد تنفيذ هذا الحكم على أمواله الموجودة بمصر فان القاضى المصرى سيرفض تنفيذ الحكم اذا لم تكن المانيا تنفذ الاحكام المصرية . فاذا أمعنا النظر وجدنا أن رفض تنفيذ الحكم لم يضر بأية مصلحة أجنبية بل أضر بالمصلحة المصرية اذ أن الدائن المصرى لن يستطيع الحصول على دينه من مدينه.

**ثالثا : احتمال تحايل الدول صاحبة المصلحة لتنفيذ احكام محاكمها :**

فقد يتجه المشرع فى الدولة صاحبة المصلحة الى تعديل التشريع

---

[١] أنظر نقض ١٩٩٠/١١/٢٨ طعن رقم ١١٣٦ لسنة ٥٤ق.

الوطنى بالنص علـى مبدأ التبـادل اذا مـا وجد أن الاحكـام التـى يصـدرها القضاء الوطنى لصالح المواطنين يجب أن تنفذ فـى دولـة أخـرى تـأخذ بشرط المعاملة بالمثل للسماح بتنفيذ الاحكام الاجنبية لديها .

**رابعا : أن شرط التبادل لا يضمن سلامة وجدارة الاحكام الأجنبية للتنفيذ:**

فيكفـى مثـلا أن تعترف دولـة ذات قضـاء غـير نزيـه بالأحكـام المصرية حتى تعترف مصر بأحكامها وذلك فى الوقت الذى ترفـض فيه مصر الاعتراف بأحكام دولة قضاؤها معروف بالنزاهة والعـدل لان هذه الدولة لا تعترف بالاحكام المصرية.

وبالرغم مما وجه الى مبدأ التبادل من نقد فـى الفقـه الدولـى فـان المشرع المصرى قد نص عليه فى المادة ٢٩٦ من قانون المرافعات التى تقضى بأن "الأحكام والأوامر الصادرة من بلد أجنبى يجوز الأمر بتنفذها بنفس الشروط المقررة فى قانون البلد لتنفيذ الاحكـام والأوامـر المصريـة فيه".

ويتبين من هذا النـص أن المشرع المصرى علق تنفيذ الحكـم الأجنبى على تحقق القاضى من أن تشريع الدولـة الأجنبيـة الصـادر مـن قضائها الحكم يتضمن نصا يسمح بتنفيذ الاحكام الصـادرة مـن جمهوريـة مصر العربية .

ولكن ما العبرة فـى تقدير وجود التبـادل ؟ هل العبرة بالمعاملـة الشكلية التـى تلقاهـا الاحكـام الوطنيـة فـى البلـد الـذى صـدر منـه الحكـم الاجنبى المراد تنفيذه أم هل العبرة بالقيمـة التنفيذيـة الفعليـة التـى تعطيـها المحاكم الأجنبية لحكمنا الوطنى بصرف النظـر عـن الوسيلة الشكلية أو الاجرائيـة التـى تتبعـها المحـاكم الأجنبيـة فـى الاعـتراف للحكم الأجنبـى بآثاره؟

يرى فريق من الفقه أن المراد بالتبادل هو أن تعامل الاحكام الصادرة من دولة أجنبية نفس المعاملة التى تعامل بها الاحكام الصادرة من محاكمنا الوطنية لدى هذه الدولة الأجنبية . فاذا كانت الدولة الاجنبية تشترط رفع دعوى جديدة لينتج حكمنا أثره لديها تعين حينئذ على من صدر له حكم من محاكم هذه الدولة الاجنبية أن يرفع دعوى جديدة أمام محاكمنا اذا ما أراد اقتضاء حقه ويكون للحكم الاجنبى فى هذه الدعوى نفس قوة الاثبات التى يتمتع بها الحكم المصرى لدى المحكمة التى أصدرت هذا الحكم الاجنبى .[١]

ولكنا نؤيد الرأى القائل بأن تقدير التبادل لا يجب أن يقوم على أساس المعاملة الشكلية بل يجب أن يكون هذا التقدير على أساس القيمة التنفيذية الفعلية التى تعطيها المحاكم الاجنبية للحكم المصرى . وذلك بغض النظر عن الوسيلة التى تتبعها المحاكم الأجنبية فى هذا الصدد ، أى حتى ولو لم تكن تأخذ بنفس الطريقة المتبعة فى مصر لتنفيذ الاحكام الاجنبية . وقد سار القضاء المصرى فعلا على هذا النهج فى بعض أحكامه ، فقد حكمت المحاكم المختلطة بتحقق شرط التبادل بين مصر وانجلترا بشأن تنفيذ الاحكام الاجنبية بالرغم من أن المحاكم الانجليزية تتبع وسيلة مختلفة لتنفيذ الاحكام المصرية . ذلك أنه بالرغم من اختلاف الوسيلة فانها تصل الى نفس النتيجة اذ تعتبر من انجلترا ومصر الحكم الاجنبى دليلا حاسما للحق الذى يستند اليه ، ولا تتطلب فحص موضوع الحكم الاجنبى من جديد. وعلى ذلك فلا يهم فى تقدير التبادل أن يتم تنفيذ الحكم بطريقة دون الاخرى مادام هذا الحكم سيحترم وينفذ فعلا .

والواقع أن مبدأ التبادل وأن كان مرغوبا فيه بالنسبة للعلاقات السياسية بين الدول الا أنه لا محل له اذا ما تعلق الأمر بحقوق الافراد

---

[١] أنظر الدكتور احمد عبد الكريم ، مختصر ...... ، مرجع سبق ذكره ص ٤٦٩ ومابعدها.

ومصالحهم ، فحقوق الافراد يجب أن تكون بعيدة عن الاعتبارات السياسية وأن يتم البت فيها وفقا لمقتضيات العدالة وحاجة المعاملات دون أن تتأثر بأى اعتبار خارجي .

ولما كان دور القاضى المصرى المطلوب منه الأمر بتنفيذ الحكم الاجنبى ينحصر فى اصدار هذا الأمر أو رفضه كما سنرى فيما بعد، فأن السؤال يثور عن موقف هذا القاضى اذا كانت الدولة الأجنبية التى صدر بها الحكم تأخذ بنظام المراجعة ، وتملك محاكمها الحق فى تعديل الحكم المصرى . هل يجوز للقاضى المصرى فى هذه الحالة أن يعدل الحكم الأجنبى تطبيقا لمبدأ التبادل .

يرى غالبية الفقه المصرى عدم جواز تعديل الحكم الاجنبى حتى ولو كان القضاء الأجنبى يسمح بهذا التعديل . ذلك أن موضوع دعوى الأمر بالتنفيذ ينحصر فى طلب تنفيذ الحكم الاجنبى ذاته. وعلى ذلك فان دور القاضى المطلوب منه الامر بالتنفيذ ينحصر فى اصدار هذا الامر أو رفضه كما سنرى فيما بعد .

**الشرط الثانى : صدور الحكم من محكمة مختصة :**

والمقصود هنا الاختصاص الدولى لمحاكم الدولة الأجنبية . أما فيما يتعلق بالاختصاص الداخلى للمحكمة الاجنبية فالرأى الغالب فى الفقه هو عدم النظر فى توافره . فالقاضى الوطنى ليس ملزما بالتحقق من أن المحكمة الاجنبية التى أصدرت الحكم كانت مختصة نوعيا ومحليا بالفصل فى النزاع بل يمكنه أن يأمر بتنفيذ الحكم الاجنبى حتى ولو كان هذا الاختصاص غير متوافر لدى المحكمة الأجنبية ، وذلك الا اذا كان عدم توافر هذا الاختصاص من شأنه أن يجعل الحكم باطلا لدى الدولة التى صدر من محاكمها، اذ من البديهى إلا نسمح بتنفيذ حكم أجنبى اذا

كان الحكم قد صدر غير صحيح فى دولته ذاتها .

وفيما عدا الحالة السابقة لا يلزم التحقق من توافر الاختصاص الداخلى بل يكفى التحقق فقط من أن الحكم الاجنبى قد صدر عن محاكم مختصة دوليا باصداره .

**القانون الذى يحدد الاختصاص الدولى :**

تشترط بعض الدول أن يكون القاضى الذى اصدر الحكم الاجنبى مختصا وفقا لقانون الدولة المطلوب التنفيذ فيها، أى أن الاختصاص الدولى للقاضى الاجنبى يحدده قانون بلد التنفيذ لا قانون دولة القاضى الاجنبى. فاذا طلب مثلا تنفيذ حكم أجنبى أمام القاضى الفرنسى فالقاضى الفرنسى يطبق قواعد الاختصاص الفرنسية ليتبين ما اذا كان القاضى الاجنبى مختصا أم غير مختص باصدار الحكم .

وواضح ما فى هذا الشرط من منافاة للمنطق ومن صعوبة فى التطبيق، فهو يتطلب من القاضى الذى أصدر الحكم الأجنبى أن يحدد اختصاصه وفقا لقانون الدولة التى سينفذ فيها الحكم ، أى وفقا لقواعد الاختصاص التى يأمر بها مشرع دولة أجنبية . ومن المعلوم أن القاضى لا يمكنه أن يأتمر الا بأوامر مشرع دولته فقط ، هذا فضلا عن أن القاضى عندما يفصل فى النزاع لا يمكنه أن يحدد مقدما المكان الذى سيتم فيه تنفيذ الحكم الصادر منه[1] .

لذلك حادت العديد من التشريعات الحديثة تحت تأثير الفقه الدولى عن هذا الاتجاه مقررة أن الحكم الاجنبى يجب أن يكون صادرا من

---

[1] أنظر الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق .

محكمة مختصة وفقا لقانونها . وقد اتجه القضاء الفرنسى الحديث هذا الاتجاه . غير أنه اشترط أن تكون الرابطة بين النزاع وبين المحكمة الاجنبية متحققة بطريقة واضحة والا تكون المحاكم الفرنسية مختصة كذلك بنظر النزاع .

وقد سار المشرع المصرى عند وضعه قانون المرافعات الجديد - أسوة بما جرى عليه قانون المرافعات القديم - على نهج الفقه الحديث فتقضى المادة ١/٢٩٨ بأنه لا يجوز الامر بالتنفيذ الا بعد التحقق من "أن محاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعة التى صدر فيها الحكم أو الأمر وأن المحاكم الاجنبية التى أصدرته مختصة بها طبقا لقواعد الاختصاص القضائى الدولى المقررة فى قانونها".

ويتبين من هذا النص أن المشرع يتطلب لامكان تنفيذ الحكم الاجنبى أن يكون صادرا من محكمة مختصة دوليا باصداره وفقا لقانونها. غير أن المشرع أورد قيدا هاما مقتضاه أنه يتعين أن تكون المنازعة التى صدر بشأنها الحكم الاجنبى لا تدخل فى اختصاص محاكم الجمهورية وفقا لقواعد الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية. ويثور السؤال حول مجال تطبيق هذا القيد .

وبالرجوع الى المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات يتضح أن المشرع قد ترك عامدا تحديد المقصود بهذا القيد "لاجتهاد الفقه والقضاء يواجهان به تطور المعاملات الخاصة الدولية".

الواقع أن الاخذ بعموم النص يؤدى الى القول بأن القاضى المطلوب منه الامر بالتنفيذ يجب عليه أولا أن يبحث عما اذا كانت المنازعة التى صدر فيها الحكم الاجنبى تدخل ضمن دائرة اختصاصه وفقا لقواعد الاختصاص الوطنية أم لا تدخل ، فان تبين للقاضى المصرى

أن النزاع يدخل فى ولاية قضاء جمهورية مصر العربية فانه يتعين أن يرفض الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى الصادر فى نفس المنازعة لان اختصاص محاكم الجمهورية ينفى اختصاص المحاكم الاجنبية .

غير أن الأخذ بالحل السابق على اطلاقه من شأنه الاقلال الى حد كبير من الاحكام الاجنبية القابلة للتنفيذ مما قد يترتب عليه الاضرار بالمعاملات الدولية . لذلك اتجه غالب الفقه ، كما اتجهت محكمة النقض المصرية فى قضائها الحديث الى التفرقة بين نوعين من الاختصاص القضائى :

الأول : اختصاص يمكن تسميته بالاختصاص المانع أى المقصور على المحاكم المصرية Competence exclusive ويتعين عدم تنفيذ الحكم الأجنبى الصادر بشأن منازعة داخله فيه . غير أن الأمر يدق بشأن تحديد الحالات التى يكون فيها النزاع داخلا فى الاختصاص المانع لمحاكم الدولة .

يرى بعض الفقه الفرنسى الحديث أنه يمكن التعرف على هذه الحالات بالنظر الى طبيعة المنازعة ومدى امكان تركيزها فى اقليم الدولة ، كأن تتعلق المنازعة بعقار كائن بأقليم الدولة أو أن يكون المدعى عليه متوطنا بهذا الاقليم أو أن تتعلق الدعوى بافلاس أشهر بهذه الدولة.

ويرى فريق من الفقه المصرى ربط حالات الاختصاص المانع بفكرة النظام العام القضائى بمعنى أنه يتعين عدم الاعتداد باختصاص المحكمة الاجنبية ورفض الأمر بتنفيذ الحكم الصادر منها كلما كان اختصاص المحاكم المصرية قائما على ضابط مرده فكرة النظام العام[١].

غير أننا نؤيد الرأى الذى يرى من الافضل كما سبق البيان عدم

---

[١] أنظر الدكتور احمد عبد الكريم سلامه : أصول المرافعات المدنية الدولية صفحة ٤٦٧ .

**اقحام فكرة النظام العام - وهى فكرة مرنة غير منضبطة المعالم - فى تحديد مجال الاختصاص القضائى الدولى الذى يخضع الى حد كبير للاعتبارات العملية والضوابط الاقليمية البعيدة عن الافكار المجردة .(٢)**

ويكفى فى رأينا الرجوع فى تحديد حالات الاختصاص القضائى الدولى المانع الى فكرة الرابطة الوثيقة التى سبق لنا الاستناد اليها فى مجال الاحالة القضائية . فاذا كانت الرابطة بين مصر والنزاع المطروح وثيقة بشكل يفوق الصلة بين هذا النزاع وأية دولة أخرى تعين حينئذ عدم الاعتداد باختصاص محاكم أية دولة أخرى بنظر نفس النزاع وبالتالى عدم السماح بتنفيذ الحكم الاجنبى الصادر فى هذا النزاع.

أما اذا كانت صلة النزاع الذى صدر بشأنه الحكم الاجنبى لا تقل وثوقا بالدولة الاجنبية عنه بجمهورية مصر العربية تعين حينئذ فى رأينا السماح بتنفيذ الحكم الاجنبى رغم اختصاص المحاكم المصرية بنظر نفس النزاع . ويمكن القول حينئذ بوجود ما يمكن تسميته بالاختصاص المشترك بين المحاكم المصرية ومحاكم الدولة الاجنبية التى أصدرت الحكم Competence Concurrente بمعنى أن الاختصاص بنظر النزاع يكون ثابتا للمحاكم المصرية كما يكون ثابتا فى نفس الوقت لمحاكم الدولة الاجنبية اذا كان قانونها يمنحها هذا الاختصاص وبالتالى يتعين على القاضى المصرى الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى .

وقد أكد القضاء المصرى صراحة التفرقة بين الاختصاص المانع والاختصاص المشترك فى حكم حديث لمحكمة النقض صادر فى ٢٨ نوفمبر ١٩٩٠ حيث قضت المحكمة بأن "المقصود بشرط عدم اختصاص المحاكم المصرية بنظر المنازعة لجواز الأمر بتنفيذ الحكم

---

(٢) أنظر رأى الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق.

الاجنبى هو الاختصاص المانع أو الاختصاص الانفرادى أى فى الحالة التى يكون فيها الاختصاص بنظر النزاع قاصرا على المحاكم المصرية . أما اذا كانت المحاكم الأجنبية مختصة بنظر النزاع طبقا لقواعد الاختصاص الدولى المقررة فى قانونها الى جانب المحاكم الوطنية وهو ما يعرف بالاختصاص المشترك فلا يحول دون الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى طالما لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم الوطنية".

وقد القى هذا الحكم مزيدا من الضوء على ماسبق لمحكمة النقض المصرية أن قررته فى حكمها الصادر فى ٢ يوليو ١٩٦٤ حيث قضت بأن الاختصاص المنعقد للمحاكم المصرية بناء على اقامة المدعى عليه فى مصر لا يحول دون تنفيذ حكم صادر من محكمة أجنبية فى مصر متى كان اختصاص هذه المحكمة "يقوم أصلا على أساس المحل الذى أبرم فيه العقد وكان مشروطا تنفيذه فيه" .

وعلى ذلك يمكن القول بأن القضاء المصرى يعترف باختصاص المحكمة الاجنبية ويسمح بتنفيذ الحكم الصادر منها رغم اختصاص المحاكم المصرية بنفس النزاع ، وذلك اذا كان اختصاص المحكمة الاجنبية يقوم على رابطة لا تقل وثوقا عن الرابطة التى تربط النزاع بالاقليم المصرى . وقد زاد هذا المبدأ وضوحا فى حكم محكمة النقض الاخير الصادر فى ١٩٩٠/١١/٢٨ حيث قررت أنه "لما كانت المحاكم اليمنية مختصة بنظر النزاع طبقا للمادة ٤٣ من قانون المرافعات اليمنى باعتبارها البلد الذى ابرم فيه العقد كما أن المحاكم المصرية مختصة أيضا بنظر النزاع عملا بالفقرة الثانية من المادة ٣٠ من قانون المرافعات المصرى باعتبارها بلد التنفيذ فان ذلك لا يحول دون الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى الصادر من المحاكم اليمنية".

**الشرط الثالث : حيازة الحكم لقوة الأمر المقضى به :**

تنص المادة ٢٩٨ مرافعات فى فقرتها الثالثة علـى أنـه "لا يجـوز الأمر بالتنفيذ الا بعد التحقق ممايأتى ... ٣ - أن الحكم أو الأمـر قد حـاز قوة الأمر المقضى به طبقا لقانون المحكمة التى أصدرته ".

يشير هـذا النـص الـى أمريـن : الأول : قـوة الأمـر المقضـى بـه، الثانى: القانون الذى يتم بمقتضـاه تحديـد حيـازة الحكـم أو الأمـر الاجنبـى لهذه القوة .

**أولا : قوة الأمر المقضى به أم حجية الأمر المقضى به ؟**

اذا صدر الحكم القضائى فهو حجة بما فصـل فيـه ، فـالحكم الـذى يفصل فى منازعة يعتبر مطابقا للحقيقة . بحيث يحوز الاحترام سواء من قبل المحكمة التى أصدرته أو من قبل أى محكمـة أخـرى مـالم تكـن هـى المحكمة التى ينص القـانون علـى الطعن فيـه أمامـها . فـلا يجـوز اعـادة طرح ذات النزاع مرة أخرى للفصل فيه ، فيجب عدم المساس بما قضـى به الحكم بين الخصوم وبالنسبة لذات الحق محلا وسببا .

وتثبت حجية الأمر المقضى بـه autorite de la chose jugee لكل حكم قطعى يحسم موضـوع النـزاع كلـه أو بعضـه ، حتـى ولـو كـان قابلا للطعن فيه بالطرق العادية كالمعارضة والاستئناف أى حتى ولـو لـم يكن نهائيا ، فهى تثبت للحكم من وقت صدوره .

أما قوة الأمر المقضى به Force de la chose jugee فهى ليست صفة فى الحماية القضائية التى يقررهـا الحكـم القضـائى بحيـث لا يجـوز اعادة النظر فيه بل هى صفة فى الحكم ذاته ، وتتعلق بمدى قابليته للطعن فيه بطرق معينة . فقوة الأمر المقضى به لا تثبـت الا للاحكـام النهائيـة ، أى التى استنفذت طرق الطعن العاديـة . فقـوة الأمـر المقضـى بـه أوسـع

**نطاقا من حجية الأمر المقضى به. فكل حكم حائز لقوة الأمر المقضى به يكون حائزا لحجية الأمر المقضى به أيضا ولكن العكس لا يكون صحيحا.**

بعد هذا الايضاح ، يثور التساؤل : **هل يشترط للامر بالتنفيذ فى مصر أن يكون الحكم الاجنبى حائزا لحجية الأمر المقضى به أم يشترط فوق ذلك أن يكون متمتعا بقوة الأمر المقضى به ؟**

- يذهب اتجاه فى القانون المقارن الى الاكتفاء بأن يكون الحكم الاجنبى متمتعا بحجية الأمر المقضى ، ويأخذ بهذا الحل القانون الانجليزى. فيكفى أن يكون الحكم الاجنبى حاسما لموضوع النزاع حتى يمكن الاعتراف به كأساس لرفع الدعوى فى إنجلترا والاستناد اليه كدليل حاسم ، وهم يعبرون عن ذلك بنهائية الحكم. وفى مفهوم القانون الانجليزى يكون الحكم نهائيا حتى ولو كان قابلا لاعادة النظر فيه من قبل الحكم نهائيا حتى ولو كان قابلا لاعادة النظر فيه من قبل محكمة أعلى درجة فى الدولة التى اصدرته . وهذا لا يختلف عن كون الحكم قطعيا فى مفهوم القانون المصرى ، بل إن الفقهاء الانجليز يقررون أن الأمر يتعلق بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضى به ، وهى كما نعلم تثبت فقط للاحكام القطعية ولا يلزم أن تكون انتهائية .

ويقترب من هذا الحل القانون الفرنسى . فلا يشترط للأمر بتنفيذ الحكم الاجنبى فى فرنسا أن يكون نهائيا غير قابل للطعن فيه بطرق الطعن العادية . فيكفى أن يكون قابلا للتنفيذ أو منعوتا بالصفة التنفيذية. فيجوز الأمر بالتنفيذ حتى ولو كان الحكم الاجنبى قد رفع بشأنه طعن أمام المحكمة التى أصدرته ، طالما أن هذا لا يخلع عنه صفته التنفيذية. وبالتالى فلا يأمر بتنفيذ حكم أجنبى اذا كان من شأن الطعن فيه تعليق قوته التنفيذية فى البلد التى صدر فيها ، ويكون على القاضى الفرنسى

حينئذ أن يؤجل الفصل فى دعوى الأمر بالتنفيذ لحين الفصل من قبل المحكمة الاجنبية فى الطعن المقدم ضد الحكم . ولا يجوز الامر بالتنفيذ اذا كان الحكم الاجنبى قد سقط أو لحقه التقادم أو اذا حصل تنازل عن الدين الذى قضى به، لأنه يصبح فى هذه الحالة مجردا من الصفة التنفيذية.

- ولكن ما هو مذهب القانون المصرى ؟

بصريح نص المادة ٢٩٨ فقرة٣ مرافعات ، يلزم أن يكون الحكم الاجنبى حائزا لقوة الأمر المقضى به . فلا يكفى أن يكون قطعيا ، بل يلزم علاوة على ذلك أن يكون نهائيا . وينبنى على ذلك أنه لا يجوز الأمر بالتنفيذ الا بالنسبة للاحكام التى لا تقبل الطعن فيها بالمعارضة أو بالاستئناف. سواء صدر الحكم لا يقبل الطعن فيه بأحد الطريقين السابقين أو اصبح كذلك بانقضاء المواعيد المحددة للطعن أو عدم قبوله. ومقتضى القول السابق ، أنه يجوز الأمر بتنفيذ الاحكام الأجنبية ولو كانت تقبل الطعن فيها بطريق غير عادى كالتماس اعادة النظر أو النقض .

واذا كان المشرع المصرى قد تطلب حيازة الحكم أو الأمر الاجنبى لقوة الأمر المقضى به ، فانه قد حاكى بذلك المشرع الالمانى فى المادة ٣٧٨ من قانون المرافعات ، وكذلك القانون الايطالى للمرافعات المعمول به منذ عام ١٩٤٢ (م ٤/٧٩٧).

حقيقة أن المشرع قد تشدد بذلك فى قبول الأمر بتنفيذ الاحكام الاجنبية، وكان يكفى أن تتمتع تلك الاحكام بحجية الأمر المقضى به. ومع ذلك فان الحل التشريعى لا يخلو من محاسن ، فهو يتفق مع مقتضيات الأمان القانونى وضمان استقرار الروابط القانونية التى تنمو عبر الحدود. فلا شك أن الحكم القطعى غير النهائى يقرر الحماية القضائية ولكن تلك الحماية تظل قلقة مادام الحكم الذى قررها يقبل الطعن فيه بطريق طعن

عادى، فهى تزول اذا الغى الحكم او قضى ببطلانه. ولا تتأكد تلك الحماية الا اذا أضحى الحكم نهائيا . فنهائية الحكم تكفل إستقرار الحماية، وبالتالى يمكن وضعها موضع التنفيذ .

ولما كان يشترط حيازة الحكم أو الأمر الأجنبى لقوة الأمر المقضى به ، أى يكون نهائيا ، فانه يترتب على ذلك :

انه لا يجوز الأمر بتنفيذ الاحكام الصادرة فى الدعاوى المستعجلة. فخلافا لما هو عليه الحال فى فرنسا . فانه لا يجوز الامر بتنفيذ الاحكام الصادرة باتخاذ اجراءات وقتية أو تحفظية . فهذه الاحكام هى من ناحية ، أحكام إن حازت حجية الأمر المقضى به باعتبار أنها تقرر الحماية القضائية الا أنها لا تحوز قوة الأمر المقضى به. فهى بطبيعتها تنطوى على عنصر الاحتمال ، وهى تمنح الحماية القضائية لمواجهة ظروف وقتية ، فاذا تغيرت تلك الظروف امكن عرض الأمر مرة أخرى على القضاء . ولا يصح للقضاء المصرى أن يشغل ساحاته بأحكام معرضة للزوال فى أى وقت . وهى من ناحية أخرى ، تتعارض مع قواعد الاختصاص القضائى المصرى المتعلقة بالنظام العام. فقد مضت الاشارة الى أن هناك بعض قواعد الاختصاص تعتبر من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام. وذكرنا منها الاختصاص بالدعاوى المستعجلة الذى نصت عليه المادة ٣٤ من قانون المرافعات. كما رأينا أن من شروط الاختصاص بالدعاوى المستعجلة تنفيذ الاجراء الوقتى أو التحفظى فى الدولة التى أختصت محاكمها باتخاذه . مما يعنى أن الاحكام المستعجلة تتخذ وتنفذ من قبل المحاكم المصرية ، ولا يتصور صدورها من قضاء أجنبى ويطلب الأمر بتنفيذها فى مصر .

كما أنه لا يجوز الأمر بتنفيذ الاحكام الأجنبية المشمولة بالنفاذ المعجل ، كما قضت بذلك بعض أحكام القضاء المصرى.

**ثانيا : القانون الذى يحكم قوة الأمر المقضى به :**

يثور التساؤل عن القانون الواجب التطبيق على قوة الأمر المقضى به وتحديد حيازة الحكم الاجنبى لتلك القوة من عدمه. فالحكم الاجنبى يصدر باسم سيادة دولة اجنبية والمفترض في ذلك الحكم أن ينفذ فى نطاق الدولة التى صدر باسمها. والقوة التنفيذية له أى صفته التى تخول الحصول على الحماية القضائية الفعلية بواسطة التنفيذ الجبرى ، يحددها قانون الدولة التى صدر عنها باعتباره أنه واجب النفاذ أصلا فى إقليمها . فاذا اقتضت ظروف الحال تنفيذ الحكم خارج تلك الدولة فان ظاهرة الحدود لا تؤثر فى بقاء الحكم وتحديد صفته ومدى الحماية التى يقررها . بل يظل قانون الدولة التى صدر باسمها الحكم هو المختص ببيان حجية هذا الحكم وقوته .

وهذا ما نص عليه المشرع المصرى صراحة عندما قرر ضرورة حيازة الحكم أو الأمر الأجنبى لقوة الأمر المقضى به "طبقا لقانون المحكمة التى أصدرته". وفى هذا لم يخالف المشرع مقتضيات المنطق القانونى الذى التزمه عندما أخضع كما رأينا سابقا، تحديد الاختصاص الدولى للمحكمة الأجنبية للقانون الذى تعمل تلك المحكمة فى ظله .

ولا مراء فى أن هذا الحل يكفل الاستقرار للمعاملات الخاصة الدولية ، وعدم الاخلال بتوقعات الافراد . فاذا صدر الحكم حائزا لقوة الأمر المقضى به وأصبح جائز النفاذ فى الدولة التى صدر عنها ، فلا يجب ، عند طلب الأمر بتنفيذه فى الخارج ، أن يجرد من تلك الصفة حسب قانون المحكمة التى تنظر دعوى الأمر بالتنفيذ.[1]

---

[1] الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ص ٤٩٩ ومابعدها.

**الشرط الرابع : عدم مخالفة الحكم الاجنبى للنظام العام :**

من شأن التعارض مع النظام العام أن يؤدى فى مجال تنازع القوانين الى استبعاد تطبيق القانون الاجنبى الذى تشير بتطبيقه قاعدة الاسناد الوطنية . كذلك فان فكرة النظام العام من شأنها أن تحول دون تنفيذ الحكم الاجنبى اذا كان هذا الحكم يتعارض مع أى من الأسس التى يقوم عليها النظام الاجتماعى والاقتصادى فى الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها .

ويختلف أثر فكرة النظام العام - كما سنرى بالتفصيل - وفقا لكون المطلوب هو نشوء المركز القانونى فى دولة القاضى أو الاعتراف بمركز قانونى تم نشوئه خارج دولة القاضى . فاذا كان المركز القانونى قد تم نشوئه خارج دولة القاضى كما هو الحال فى مجال تنفيذ الاحكام الأجنبية ، كان أثر فكرة النظام العام مخففا أى أقل حدة عما اذا كان المطلوب هو انشاء المركز القانونى فى دولة القاضى المطلوب ومنه تنفيذ الحكم . وبعبارة أخرى فان النظام العام قد يتعارض مع انشاء الحق فقط دون أن يتعارض مع الاعتراف بآثار هذا الحق بعد انشائه. من ذلك مثلا عدم السماح بايقاع الطلاق بالارادة المنفردة في فرنسا لتعارضه مع النظام العام والاعتراف مع ذلك بآثار هذا الطلاق اذا كان قد وقع فى الخارج.

واذا كان المستقر أن للنظام العام أثر مخفف فى مجال تنفيذ الاحكام الاجنبية أو مجال الاعتراف بآثار مركز قانونى نشأ فى الخارج فانه من العسير وضع معيار ثابت للتمييز بين الحالات التى يتم فيها تدخل النظام العام لمنع نشوء المركز القانونى فى دولة القاضى وحالات عدم جواز الاعتراف بالحكم الاجنبى أو بالمركز القانونى الذى نشأ فى الخارج. فالقاضى يتمتع فى هذا الصدد بسلطة تقديرية خاصة وأن فكرة

النظام العام نفسها فكرة لا تخلو من المرونة .

وقد يتحقق تعارض الحكم الأجنبى مع النظام العام فى مضمون الحكم الاجنبى نفسه، كما قد يكون هذا التعارض نابعا من الاجراءات التى اتبعت فى اصدار الحكم الاجنبى .

فقد ينطوى مضمون الحكم الاجنبى نفسه على مساس بالأسس التى يقوم عليها المجتمع من الناحية الاجتماعية أو الاقتصادية كما لو كان الحكم يتضمن انتهاكا للملكية الفردية ومطلوب الأمر بتنفيذه فى دولة رأسمالية[١] ، أو كان يتضمن مساسا بالمشاعر الوطنية .

وقد يتعارض الحكم الاجنبى مع ما يمكن تسميته بالنظام العام الاجرائى فى الدولة المطلوب فيها التنفيذ . فبالرغم من أن قانون القاضى الذى أصدر الحكم الاجنبى هو المرجع فى تحديد الاجراءات الواجبة الاتباع فى اصدار هذا الحكم كما سنبين فيمايلى فان النظام العام فى الدولة المطلوب فيها التنفيذ يحتم احترام حد أدنى من الاجراءات اللازمة لتحقق العدالة كاحترام حقوق الدفاع وضرورة السماح بالطعن فى الاحكام. ومن ثم فاذا كان الحكم الاجنبى قد صدر دون اعطاء المدعى عليه الفرصة لابداء دفاعه امام القضاء الاجنبى أو كان الحكم الصادر من القضاء الاجنبى يعتبر نهائيا فور صدوره ولا يجوز الطعن فيه ، اعتبر هذا الحكم مخالفا للنظام العام الاجرائى فى الدولة المطلوب فيها تنفيذه لتعارضه مع أسس العدالة القضائية بها [٢] .

---

[١] من ذلك ما ذهبت اليه العديد من الدول الرأسمالية من رفض تنفيذ الاحكام الخاصة بالمصادرة بدون تعويض فى الدول الاشتراكية .

[٢] وقد أوضحت محكمة النقض الفرنسية هذا المعنى فى حكم حديث لها صادر فى ٢٠ مارس ١٩٧٩ حيث قررت أنه "اذا كان يقع على عاتق قاضى الامر بالتنفيذ أن يفحص ما اذا كان سير الخصومة أمام القضاء الاجنبى قد تم بطريقة صحيحة الا أنه يجب تقدير هذا الشرط من خلال فكرة النظام العام الفرنسى ومدى احترامه حقوق الدفاع" منشور فى صفحة ٥٨٤ .

كذلك يعتبر مخالفا للنظام العام الاجرائى فى رأينا التهرب من اختصاص محاكم الدولة المطلوب فيها تنفيذ الحكم وذلك بالتحايل على قواعد الاختصاص القضائى بها بهدف الحصول على حكم من محاكم دولة أجنبية لم يكن فى الأماكن الحصول عليه من محاكم الدولة الأولى المختصة أصلا بالنزاع بل ودون أن يكون لهذه المحكمة الاجنبية اختصاص بنظر النزاع وفقا لقواعد الاختصاص المتعارف عليها وقيامه على رابطة مصطنعة كالاقامة العارضة وهو ما يعرف بالغش نحو الاختصاص[1] Fraude ala Competence .

وقد ثار التساؤل حول امكان تنفيذ حكم أجنبى خال من بيان الاسباب. ذلك أن المادة ١٧٦ من قانون المرافعات المصرية توجب تسبيب الاحكام والا كانت باطلة وقد حسمت محكمة النقض المصرية هذا الأمر فى حكم حديث لها حيث قررت امكان الامر بتنفيذ حكم سودانى رغم خلوه من الاسباب موضحة أنه "اذا كانت قاعدة وجوب اشتمال الحكم على الاسباب التى بنيت عليه هى من قواعد المرافعات التى تخضع لقانون القاضى وهو - بالنسبة للحكم المطلوب تنفذه فى مصر والصادر من محكمة الخرطوم العليا - قانون جمهورية السودان ، وكان يبين من ذلك الحكم انه وان لم يشتمل على أسباب الا انه قابل للتنفيذ فى جمهورية السودان ومن ثم يمكن اصدار الامر بتنفيذه فى مصر اذا استوفت باقى الشرائط الاخرى المقررة فى هذا الخصوص . ولا يقدح فى ذلك ما قضت به المادة ٣٤٧ من قانون المرافعات السابق من وجوب

---

[1] ومن الأمثلة الشهيرة على ذلك قضية Weiller الشهيرة حيث تحايلت الزوجة على قواعد الاختصاص الفرنسية بسفرها الى ولاية نيفادا بالولايات المتحدة بقصد الحصول على حكم بالتطليق حيث أن محاكم هذه الولاية كانت تبنى اختصاصها على الاقامة العارضة وتقضى بالتطليق دون تحديد الاسباب خلافا لما يقضى به القانون الفرنسى . انظر الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق .

اشتمال الاحكام على الاسباب التى بنيت عليها والا كانت باطلة. ذلك أن الخطاب بهذا النص متعلق بالاحكام التى تصدر فى مصر طالما انه لم يثبت أن تبادل الأحكام بين الدولتين يتطلب المراجعة"[1] .

وسوف نرى لاحقا أن فكرة النظام العام تختلف من حيث الزمان فضلا عن اختلافها من حيث المكان ومن ثم يثور التساؤل حول معرفة وقت تحديد مخالفة الحكم الاجنبى للنظام العام فى الدولة المطلوب تنفيذه فيها. وقد استقر القضاء على أنه يتعين الرجوع فى ذلك الى التاريخ المطلوب فيه تنفيذ الحكم لا الى تاريخ صدوره من المحكمة الاجنبية ، وذلك تأسيسا على أن الهدف هو التحقق من امكان التنفيذ فى الدولة المطلوب منها التنفيذ وليس التحقق من صدور الحكم صحيحا من المحكمة الاجنبية .

وقد نصت المادة ٤/٢٩٨ من قانون المرافعات على عدم جواز الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى فى مصر الا بعد التحقق من أنه "لا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب فيها".

**الشرط الخامس : سلامة الاجراءات القضائية المتبعة فى اصدار الحكم الأجنبى :**

تشترط التشريعات الحديثة فى مختلف الدول لتنفيذ الحكم الاجنبى أن تكون الاجراءات التى اتبعت بشأن الدعوى التى صدر فيها الحكم الاجنبى صحيحة وأن تكون حقوق الدفاع قد روعيت[2] . وقد نصت المادة ٢/٣٩٨ من قانون المرافعات المصرى على أنه لا يجوز الامر

---

[1] حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى ٦ مايو ١٩٦٩ مجموعة النقض المدنى السنة العشرين العدد الثانى صفحة ٧١٧ .

[2] أنظر فى ذلك القانون الدولى الخاص السويسرى الجديد (مادة ٢٧) وقانون المرافعات الالمانى المعدل بالقانون الصادر فى ٢٥ يوليو ١٩٨٦.

بالتنفيذ الا بعد التحقق من أن "الخصوم فى الدعوى التى صدر فيها الحكم قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلا صحيحا".

ويرى البعض أن صياغة هذا النص قاصرة عن تحقيق المعنى الذى أراده المشرع. فالمقصود هو سلامة الاجراءات المتبعة بشأن الدعوى التى صدر فيها الحكم الاجنبى واحترام حقوق الدفاع، وليس المقصود فقط تكليف الخصوم بالحضور وتمثيلهم فى الدعوى . لذلك فان عدم صحة أى اجراء من اجراءات التقاضى - وليس فقط عدم التكليف بالحضور او عدم التمثيل الصحيح فى الدعوى - يجب أن تحول دون الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى مادام من شأنها المساس بصحة الحكم[١] .

ويثور السؤال عن القانون الذى يتعين الرجوع اليه للتحقق من صحة هذه الاجراءات . هل هو قانون المحكمة الأجنبية التى أصدرت الحكم أم قانون القاضى المطلوب منه الأمر بالتنفيذ ؟

تقضى المادة ٢٢ من القانون المدنى المصرى بأنه "تسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالاجراءات قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الاجراءات" . ويتضح من هذا النص أن قانون الدولة التى صدر بها الحكم الأجنبى هو الذى يحدد صحة الاجراءات المتبعة فى اصدار هذا الحكم . فهو الذى يحدد كون اعلان المدعى عليه قد تم على الوجه السليم ، وما اذا كان تمثيله فى الدعوى صحيحا.

وقد سبق بيان أن النظام العام الاجرائى فى دولة القاضى المطلوب منه التنفيذ قد يتدخل مع ذلك لضمان الحد الأدنى الذى تتطلبه العدالة فى هذه الدولة ، فاذا كان القانون الاجنبى لا يكفل احترام حقوق الدفاع ، وتمكين كل خصم من أبداء ما يراه من دفوع وتقديم الطلبات التى صدر

---

[١] الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق .

فيها الحكم فى مواجهة من حكم عليه فيها، تعين مع ذلك احترام هذه الحقوق باعتبارها جزءا من النظام العام القضائى فى مصر. أما الاجراءات التى لا تمس أصل حق الدفاع وتوفير الحماية اللازمة للخصم فلا يرجع فيها سوى لقانون الدولة المطلوب فيها تنفيذ الحكم[١] . وعلى ذلك فان مجرد اختلاف طرق الاثبات أو اجراءات الاعلان الواردة فى قانون الدولة التى صدر بها الحكم الأجنبى عن تلك الواردة فى القانون المصرى لا تؤدى الى رفض الأمر بتنفيذ الحكم الاجنبى فى مصر نظرا لانها ليس من شأنها أهدار الحق فى الدفاع الذى يعد من النظام العام فى مصر .[٢]

ويثور التساؤل حول مدى امكان تنفيذ الحكم الاجنبى الغيابى نظرا لخشية عدم تمكن المدعى عليه من تقديم اوجه دفاعه .

وقد ذهب القضاء المصرى الى أن الصفة الغيابية للحكم الاجنبى لا تحول دون الامر بتنفيذه مادام المحكوم عليه قد كلف بالحضور ومثل فى الدعوى تمثيلا صحيحا . ويؤيد القضاء الفرنسى هذا الاتجاه[٣] . كما يؤيده الفقه المصرى والمقارن.

**الشرط السادس : عدم تعارض الحكم الاجنبى مع حكم سبق صدوره من القضاء المصرى :**

نصت المادة ٤/٢٩٨ من قانون المرافعات المصرى على أنه لا يجوز الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى الا بعد التحقق من "أن الحكم أو الأمر

---

[١] حكم محكمة النقض الصادر فى ٢ يوليو سنة ١٩٦٤ - مجموعة احكام النقض السنة ١٥ عدد ٣صفحة ٩٠٩..

[٢] ويجرى العمل فى قضاء النقض الفرنسى على أن الحكم الغيابى الذى لا يكون قابلا للطعن لايجوز الأمر بتنفيذه لاخلاله بحق الدفاع .

[٣] وقد حكمت محكمة النقض الفرنسية بان الحكم الغيابى الذى لا يكون قابلا للطعن لا يجوز الامر بتنفيذه لاخلاله بحق الدفاع .

لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محاكم الجمهورية".

والواقع أن الأمر لم يكن يتطلب نصا صريحا يمنع القاضى من الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى اذا قد سبق صدور حكم وطنى لحسم نفس النزاع. ذلك أن الحكم الصادر من المحاكم المصرية يعد عنوانا للحقيقة القضائية التى كفل لها المشرع حجية الشىء المقضى به وبالتالى فان الاعتراف بحكم يناقض هذه الحقيقة ينطوى على مساس بالنظام العام بل على اهدار لسيادة الدولة التى صدر الحكم باسمها وقد كان القضاء المصرى مستقرا على ذلك قبل وجود هذا النص اذا قضت المحاكم المختلطة بأنه " اذا تعارض الحكم الاجنبى المطلوب من المحاكم المختلطة الامر بتنفيذه فى مصر مع حكم صادر منه تعين عليها أن تمتنع عن اصدار الامر لان السيادة التى تقضى باسمها توجب أن يضحى بالحكم الاجنبى لاحترام الحكم الصادر من محاكم البلاد"[١] . كذلك استقر الفقه والقضاء الفرنسى على رفض الأمر بتنفيذ الحكم الاجنبى الذى يتعارض مع حكم وطنى سبق صدوره فى نفس النزاع رغم عدم وجود نص تشريعى باعتبار ان هذا التنفيذ ينطوى على مساس بالنظام العام الوطنى. وتتضمن العديد من التشريعات الحديثة النص على هذا الشرط.[٢]

ولم يشترط المشرع المصرى لرفض الأمر بتنفيذ الحكم الاجنبى أن يكون الحكم المصرى حائزا قوة الشىء المقضى به، وبالتالى فانه يتعين الامتناع عن الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى حتى ولو كان الحكم المصرى قابلا للطعن فيه بالطرق العادية .

---

[١] حكم محكمة الاسكندرية المختلطة فى ٢٧ مايو ١٩٠٥ . مجلة التشريع والقضاء السنة ١٨ صفحة ٣٤٧.

[٢] كالقانون الدولى الخاص السويسرى الجديد (م ٢٧) وقانون المرافعات الالمانى المعدل (م ٣/٢٣٨).

ويثور التساؤل عما اذا كان مجرد وجود دعوى مرفوعة امام المحاكم المصرية بشأن ذات النزاع دون أن يصدر بشأنه حكم بعد يكفى لامتناع القاضى المصرى عن الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى الصادر فى نفس النزاع .

والحقيقة أن نصوص التشريعات الحديثة تجرى صراحة كالقانون الدولى الخاص السويسرى (م ٣/٢٧) على أنه لا يجوز الاعتراف بالحكم الاجنبى اذا كانت هناك دعوى مرفوعة فى ذات النزاع الذى فصل فيه الحكم الاجنبى المراد تنفيذه . غير أن المشرع المصرى اكتفى باشتراط سبق صدور حكم مصرى فى ذات النزاع لرفض الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى. وبالتالى فان مجرد وجود دعوى مرفوعة أمام المحاكم المصرية بشأن نفس النزاع لا يجب أن يشكل مانعا من الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى ، اذ لو أراد المشرع المصرى ذلك لنص صراحة كما فعل المشرع السويسرى . هذا فضلا عن ان العلة التى بنى عليها رفض الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى - وهى احترام سيادة الدولة المصرية المتمثلة فى الحكم الذى صدر باسمها واعتبار هذا الحكم عنوانا للحقيقة القضائية - لا تتوافر فى حالة مجرد كون النزاع مطروحا على القضاء المصرى . ولا يخفى كذلك ما قد يؤدى اليه رفض الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى لمجرد قيام الدعوى بشأن نفس النزاع فى مصر من فتح لباب التحايل اذ قد يبادر الخصم الذى صدر الحكم الاجنبى ضده برفع دعوى امام المحاكم المصرية ليحول دون تنفيذ الحكم فى مصر. وأيما كان الامر فان فى الامتناع عن الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى لقيام المنازعة امام المحاكم المصرية تعطيل لاداء العدالة على المستوى الدولى والحاق الضرر بالمعاملات الدولية . لذلك يبدو لنا أن اطراد المعاملات الدولية وضرورة التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة يقتضى السماح

بتنفيذ كل دولة للاحكام الصادرة من دولة أجنبية رغم قيام نفس المنازعة أمام القضاء الوطنى طالما أن طلب تنفيذ الحكم الاجنبى قد سبق صدور الحكم الوطنى ..

وقد يؤخذ على هذا الرأى اعطاء الفرصة للخصم سىء النية للتحايل وذلك باللجوء الى قضاء دولة أجنبية أثناء نظر النزاع أمام المحاكم المصرية للحصول على حكم أجنبى قبل صدور الحكم المصرى. فاذا وجد مظهر من مظاهر التحايل على النحو السابق بيانه فان أحد سبل تلافى الحصول على ثمار هاذ التحايل هو الاعتداد بتاريخ رفع الدعوى الخاصة بالمنازعة . فاذا كان قد تم رفع هذه الدعوى أمام القضاء المصرى فى تاريخ سابق على رفعها أمام القضاء الاجنبى جاز للقاضى المصرى رفض الأمر بتنفيذ الحكم الاجنبى الذى تصادف أن سبق فى صدوره الحكم المصرى.

**التعارض بين حكمين أجنبيين :**

وقد يطلب من القاضى الوطنى الامر بتنفيذ حكمين صادرين من دولتين أجنبيتين بخصوص نفس النزاع . فاذا كانت محاكم كل من الدولتين مختصة وفقا لقانونها بنظر النزاع فأى الحكمين يمكن الامر بتنفيذه؟

يرى فريق من الفقه أن العبرة يجب أن تكون بأسبقية طلب تنفيذ الحكم . فالحكم الاجنبى الذى يقدم أولا للقاضى الوطنى هو الذى يتعين الامر بتنفيذه.

ويعيب هذا الرأى اجرائه للمفاضلة بين الحكمين بناء على معيار مادى لا أساس له من القانون .

ويرى فريق آخر من الفقه وجوب رجوع القاضى المطلوب منه

الأمر بالتنفيذ الى قواعد الاختصاص الذى يقضى بها قانونه وذلك لتبين أى الحكمين الاجنبيين قد صدر من محكمة مختصة . وبعبارة أخرى فان القاضى الوطنى يتعين عليه الامر بتنفيذ الحكم الذى صدر من محكمة مختصة وفقا لقانونه هو ورفض تنفيذ الحكم الذى صدر مخالفا لقواعد الاختصاص الوطنية . وهذا الرأى يبدو لنا أسلم من الناحية القانونية، غير أنه قد يلقى صعوبة فى التطبيق فى الحالة التى تتوافر فيها ضوابط الاختصاص المشترك السابق التعرض لها، والتى ترتب على أعمالها اقرار الاختصاص لمحاكم الدولتين الاجنبيتين الصادر منهما الحكمين .

وتنص بعض التشريعات الحديثة على وجوب الاعتداد بالحكم الاجنبى الذى صدر أولا ورفض الامر بتنفيذ الحكم اللاحق المتعارض معه، وذلك على فرض أن الحكمين قد توافرت فيهما كافة الشروط المتطلبة للامر بالتنفيذ[١] . أى أن العبرة بالاسبقية فى صدور الحكم كما لو كان الحكم صادرا فى إطار نفس النظام القانونى . والواقع أن هذا المبدأ يمثل طفرة هامة فى مجال العلاقات الدولية الخاصة اذ أنه لا يعتد بظاهرة الحدود التى تمثل عقبة رئيسية فى مواجهة مختلف الحلول المأخوذ بها فى مجال القانون الدولى الخاص .

**عدم اشتراط مراجعة الحكم الاجنبى فى مصر :**

اكتفى المشرع المصرى بالشروط السالفة الذكر للامر بتنفيذ الحكم الاجنبى ، ولم يتطلب من القاضى المصرى القيام بمراجعة الحكم الاجنبى من حيث الموضوع أى النظر من جديد فى وقائع الدعوى وفى تطبيق القانون على هذه الوقائع للتأكد من أن القاضى الاجنبى قد فصل فى موضوع النزاع على وجه سليم .

---

[١] المادة ٣/٣٢٨ من قانون المرافعات الالمانى المعدل بالقانون الصادر فى ٢٥ يوليو ١٩٨٦ ، والمادة ٣/٢٧ من القانون الدولى الخاص السويسرى .

غير أنـه بـالرغم مـن عـدم نـص قـانون المرافعـات علـى وجـوب مراجعـة الحكم الاجنبـى فـان القـاضى المصـرى يتعين عليـه مــع ذلـك مراجعة الحكم الاجنبى فى حالة معينة وهى الحالة التى يؤدى فيها تطبيق مبدأ التبادل الى فحص موضوع الحكم الأجنبى قبل الامر بتنفيذه . فمبدأ التبادل كما سبق البيان من شأنه معاملة القاضى المصرى للحكم الاجنبى نفس معاملة القاضى الذى أصدر الحكم الاجنبى للاحكام المصرية. وعلى ذلك فإذا كان القاضى الاجنبى يعيد النظر فى موضوع النزاع الذى صدر بشأنه الحكم المصرى المطلوب تنفيذه لديه فان القـاضى المصـرى يتعين عليه بدوره النظر من جديد فى موضوع النزاع الذى صدر بشأنه الحكم الاجنبى قبل الأمر بتنفيذه .

## المبحث الثالث
## دعوى الأمر بالتنفيذ

ينصب موضوع دعوى الامـر بـالتنفيذ علـى الحكـم الاجنبـى ذاتـه وليس علـى النزاع الذى فصل فيه هذا الحكم . واذا أصدر القـاضى الوطنى الامر بتنفيذ الحكم الاجنبـى فـان ذلـك لا يعنـى أن هـذا الحكم قد اصبح حكما وطنيا .

وتنص المادة ٢٩٧ من قانون المرافعات المصرى على أن "يقدم طلب الامر بالتنفيذ الى المحـاكم الابتدائيـة التـى يريـد التنفيـذ فـى دائرتـها وذلك بالأوضـاع المعتـادة لرفـع الدعوى"(١). والطريـق المعتـاد لرفـع الدعوى هو ايداع صحيفة الدعوى قلم كتاب المحكمة . ويسرى ذلك أيضا بالنسبة لاحكام المحكمين حيث تنـص المـادة ٢٩٩ مـن قـانون المرافعـات

---

(١) واختصاص المحكمة الابتدائية هنا اختصاص نوعى ايا كنت قيمة السند المراد التنفيذ بـه ودون التقيد بالقانون الاجنبى فى تحديده للمحكمة التى تختص بالأمر . وتقابل هـذه المـادة المادة ٤٩٢ من قانون المرافعت القديم ولا خلاف بينهما فى الاحكام .

على خضوع الامر بتنفيذها لكافة المواد التى تحكم تنفيذ الاحكام الأجنبية . أما بالنسبة للسندات الاجنبية فقد نصت المادة ٣٠٠ من قانون المرافعات على أن "السندات الرسمية المحررة فى بلد أجنبى يجوز الامر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة فى قانون ذلك البلد لتنفيذ السندات الرسمية القابلة للتنفيذ المحررة فى الجمهورية ويطلب الامر بالتنفيذ بعريضة تقدم لقاضى التنفيذ الذى يراد التنفيذ فى دائرة اختصاصه".[١]

ولما كان محل دعوى الامر بالتنفيذ هو الحكم الاجنبى فانه يتعين ان يكون الخصوم فى دعوى الامر بالتنفيذ هم نفس الخصوم فى الدعوى الاصلية التى فصل فيها الحكم الأجنبى . وليس هناك ما يمنع من أن يقوم المدعى عليه فى الدعوى الاصلية برفع دعوى الامر بالتنفيذ مادام له مصلحة فى ذلك ، ولكن لا يجوز أن ترفع هذه الدعوى الا على من كان طرفا فى الخصومة الاصلية أى على الأطراف الملزمين بتنفيذ الحكم الاجنبى أو من حل محلهم فى تنفيذ الحكم .

كذلك يترتب على أن محل دعوى الامر بالتنفيذ هو الحكم الاجنبى ذاته وليس الخصومة الاصلية التى فصل فيها هذا الحكم وجوب عدم قبول طلبات اضافية مقدمة من المدعى أو المدعى عليه . ذلك أن منشأ، قبول هذه الطلبات المساس بنطاق الخصومة التى حسمها الحكم الاجنبى.

غير أن فريقا من الفقه المصرى الحديث يرى أنه ليس ثمة ما يمنع المحكمة المطلوب منها الامر بالتنفيذ من أن تفصل فى أى طلب يتصل بموضوع النزاع الذى قضى به الحكم المطلوب تنفيذه طالما كان هذا الطلب مرتبطا ارتباطا وثيقا بموضوع الدعوى الاصلى وبشرط أن

---

[١] تطابق هذه المادة ما ورد بقانون المرافعات القديم فى المادة ٤٩٦ عدا أن القانون الجديد جعل الاختصاص بأصدار الأمر بالتنفيذ الذى يراد التنفيذ فى دائرة اختصاصه بعد ان كان من اختصاص قاضى الامور الوقتية بالمحكمة الأبتدائية فى القانون القديم.

تكون المحكمة مختصة بنظر هذا الطلب اذا ما رفع اليها كطلب اصلى . ذلك أن الفصل فى المسألة المرتبطة يعد فى واقع الأمر مستندا الى الموضوع الذى فصل فيه الحكم الاجنبى فوق ما لذلك من فضل تجنب تعدد الاجراءات .

ولكن هو يجوز لقاضى التنفيذ أن ينظر فى اوجه دفاع جديدة ؟

يرى فريق من الفقه ان القاضى المطلوب منه الامر بالتنفيذ يمكنه النظر فى أوجه الدفاع الجديدة تأسيسا على أن التعرض لها لا يمس النطاق الموضوعى لدعوى الأمر بالتنفيذ ولا يعد تغييرا فى الحكم الاجنبى المراد تنفيذه .

ولما كان موضوع دعوى الامر بالتنفيذ هو الحكم الاجنبى وليس النزاع الذى فصل فيه هذا الحكم فان الاثبات لا ينصب كمبدأ عام[1] على وقائع النزاع وانما ينصب على توافر الشروط المتطلبة للأمر بالتنفيذ. ويثور السؤال حول تحديد من يقع عليه عبء اثبات توافر هذه الشروط.

يرى الفقه التقليدى أن عبء اثبات توافر شروط تنفيذ الحكم الاجنبى يقع على عاتق المدعى المتقدم بطلب تنفيذ الحكم الاجنبى وذلك باستثناء الشروط ذات الطابع السلبى والتى لا يتسنى للمدعى اقامة الدليل عليها كاثبات عدم مخالفة الحكم للنظام العام.[2]

ويرى بعض الفقه الحديث أن عبء الاثبات يقع على عاتق المدعى عليه خلاف للقاعدة العامة فاذا دفع الخصم الذى صدر الحكم

---

[1] وذلك باستثناء الحالة التى يتعين على القاضى فيها مراجعة الحكم الاجنبى والنظر فى وقائع النزاع من جديد على النحو السابق بيانه. ويعتبر الحكم الاجنبى قرينة قانونية على صحة الوقائع التى بنى عليها. ومن النظم القانونية كالنظام الانجليزى ما يعتبره دليلا لا يقبل اثبات العكس كما سبق البيان .

[2] انظر الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ص ٤٢٩.

ضده بعدم توافر أحد شروط صحة هذا الحكم كان عليه اقامة الدليل علـى ذلك . فالظاهر أن الحكم الاجنبى يحتوى على قرينة الصحـة ومن يدعى مخالفته للشروط اللازمة لتنفيذه يقع عليه عبء اثبات ذلك.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية الى ان القاضى المطلوب منه الامر بـالتنفيذ هو الذى يتعين عليـه التحقق من تلقـاء نفسـه من توافر الشروط المطلوبة لتنفيذ الحكم الاجنبى . وهذا الاتجاه يبدو لنا أكـثر اتفاقا مع نص المادة ٢٩٨ من قانون المرافعات المصرى التى تقضـى بأنـه "لا يجوز الامر بالتنفيذ الا بعد التحقق مما يأتى ..".

فالواضح من النص أن المشرع يأمر القاضى بالقيام بـهذه المهمـة من تلقاء نفسه سواء عاونه الخصوم فى ذلك أم لم يعاونوه .

كذلك يترتب على كون موضوع دعوى الامر بـالتنفيذ هو الحكـم الاجنبـى نفسـه نتيجـة هامـة بالنسبة لمضمـون الحكـم الصـادر فـى هـذه الدعوى. فهذا الحكم لا يمكن أن يصدر الا بمنح الامر بـالتنفيذ او برفـض هذا الأمر .

ولكن ما مدى سلطة القاضى على تنفيذ الحكم تنفيذا جزئيا؟

اذا تحقق القاضى من توافر الشروط اللازمـة للامر بـالتنفيذ فانـه يشمل الحكم كما هو بهذا الامر ، أى بوصفـه حكمـا أجنبيـا دون المسـاس بمضمونه او ادخال تعديل عليه. بيد أن القضاء قد أجاز مع ذلك الاقتصار على منح الأمر بالتنفيذ لجزء معين من الحكم الاجنبى اذا توافرت فى هذا الجزء دون غيره من الاجـزاء الاخـرى الشـروط اللازمـة للامـر بـالتنفيذ وبشـرط أن يكـون هذا الجـزء قـابلا للانفصـال عن بـاقى أجـزاء الحكـم الاخرى التى تخلفت بالنسبة لها أحد الشـروط المطلوبـة كتعارضـها مثـلا

مع النظام العام .[١]

كذلك للقاضى المطلوب منـه الأمـر بـالتنفيذ أن يعتد بأيـة عوامل جديدة تظهر بعد صدور الحكم الاجنبى ويكون من شأنها التأثير فـى تنفيذ الحكم كالوفاء الكلـى أو الجزئـى للديـن أو المقاصـة القضائيـة . غير أنـه يتعين الا ينطوى ذلك على النظر فى موضوع النزاع من جديد ومراجعة الحكم الاجنبى طالما لا يقضى بذلك مبدأ المعاملة بالمثل .

وتخضـع اجراءات التنفيذ وطرقـه للقـانون المصـرى أى لقـانون القـاضى المطلـوب منـه الامـر بـالتنفيذ دون الاعتـداد بطـرق التنفيـذ التـى يقضى بها قانون الدولة الأجنبية التى صدر فيها الحكم .

ويـترتب علـى صـدور الأمـر بتنفيـذ الحكـم الاجنبـى كافـة الآثـار والضمانات التى يرتبها القانون المصرى على الاحكام الوطنيـة. ولكـن لا يتسنى للحكم الاجنبى ترتيب آثار تفـوق تلـك المقـررة للاحكـام المصريـة ولو كان قانون الدولة الاجنبية يرتب هذه الآثار علـى الحكـم الصـادر بـها كما لو كان يرتب على الحكم ضمانات تنفيذ معينة كالرهن القضائى الذى يترتب على أموال المدين لصالح الدائن المحكوم له .

واذا لم تتوافر فى الحكم الاجنبى الشروط المتطلبـة للامـر بـالتنفيذ تعين الامتناع عـن اصـدار هـذا الأمـر . ويحـوز الحكـم الصـادر برفـض الامر بالتنفيذ حجية الامر المقضى به ومن ثم لا يتسنى التقدم بطلب جديد لشمول هذا الحكم الاجنبى بالامر بالتنفيذ . غير أن الحكم الصادر برفـض الامر بالتنفيذ لا يحـول دون رفـع دعـوى مبتـدأة أمـام المحـاكم المصريـة للمطالبة بما قضى به الحكم الأجنبى وذلـك لاختـلاف السـبب فـى دعـوى

---

[١] انظر فى ذلك الاحكام المشار اليها فى مؤلف الدكتورة حفيظة الحداد السابق الذكر صفحة ٣٨١.

طلب الامر بالتنفيذ - وهو الحكم الاجنبى المطلوب تنفيذه - عن سبب الدعوى المبتدأة ، وهو الحق المتنازع عليه نفسه . بل أن الحكم الصادر برفض الأمر بالتنفيذ من شأنه الا يحول دون التقدم من جديد بطلب الامر بتنفيذ نفس الحكم اذا لم يعد السبب الذى بنى عليه رفض الامر بالتنفيذ قائما، وذلك كما لو كان رفض الامر بالتنفيذ قد بنى على عدم تمتع الحكم الاجنبى بقوة الامر المقضى به ثم تم استنفاد طرق الطعن العادية بعد صدور الحكم بالرفض .

## المبحث الرابع

## آثار الاحكام الاجنبية الغير متعلقة بالقوة التنفيذية

## المطلب الأول

**أولا : ما مدى حجية الامر المقضى به للحكم الاجنبى ؟**

من المعلوم أن الاحكام الصادرة من المحاكم الوطنية يترتب عليها - فضلا عن القوة التنفيذية - أثرا هاما هو المعروف بحجية الامر المقضى به ومقتضى هذا الاثر اعتبار الحكم قرينة لا تقبل الدليل العكسى على صحة الاجراءات وعلى أن ما قضى به هو الحق بعينه من حيث الموضوع . ومن ثم لا يجوز لأى من أطراف النزاع رفع دعوى جديدة بشأن نفس الموضوع . فاذا ما رفع أحد الأطراف مثل هذه الدعوى كان للطرف الآخر ان يدفع بسبق الفصل فى الدعوى ليحول دون نظر النزاع من جديد أمام القضاء .

**اتجاه المشرع المصرى بالنسبة للحكم الاجنبى :**

لم يتعرض قانون المرافعات المصرى لحجية الامر المقضى به للاحكام الاجنبية وأقتصر على النص على وجوب شمول الاحكام الاجنبية

على الامر بالتنفيذ لكى تتمتع بالقوة التنفيذية على النحو السابق بيانه ، فما معنى سكوت المشرع بالنسبة للأثر الثانى الهام للاحكام الاجنبية وهو حجية الامر المقضى به واقتصاره على اشتراط الامر بالتنفيذ بالنسبة للأثر المتعلق بالقوة التنفيذية دون الأثر المتعلق بحجية الشىء المحكوم فيه؟ هل معنى ذلك عدم لزوم الأمر بالتنفيذ لكى تتمتع الاحكام الاجنبية بحجية الأمر المقضى به بحيث ينتج الحكم الاجنبى هذا الأثر بقوة القانون كالاحكام الوطنية سواء بسواء ؟

اتجه الفقه فى هذه المسألة الى مناحى كثيرة فاتجه فريق منهم الى التسوية بين القوة التنفيذية وبين حجية الامر المقضى به للحكم الاجنبى من حيث ضرورة شمول الحكم بالأمر بالتنفيذ لكى يترتب عليه أى من الأثرين . ذلك أن حجية الامر المقضى به ما هى فى رأى هذا الفريق سوى الوجه الآخر للقوة التنفيذية اذ كلاهما يشكل مظهرا من مظاهر السلطة الامرة فى الدولة "لأن القوة التنفيذية تقتضي صدور أمر من السلطة الى عمال السلطة العامة لتنفيذ الحكم جبراً عند الاقتضاء ولان حجية الامر المقضى تقتضى منع القضاء من اعادة النظر فى النزاع الذى فصل فيه هذا الحكم".

ويضيف أنصار هذا الفريق أن أساس الاعتراف للاحكام الوطنية بحجية الأمر المقضى به - وهو افتراض الصحة القانونية وسلامة الاجراءات فى الحكم - لا يمكن التسليم به بالنسبة للحكم الاجنبى الذى قد يكون صادرا بناء على اجراءات غير صحيحة .

ويذهب فريق آخر فى الفقه المصرى الحديث الى وجوب الاعتراف للحكم الاجنبى بحجية الامر المقضى به دون حاجة لشموله بالامر بالتنفيذ طالما ثبت أنه مستوفيا للشروط الخارجية اللازمة لصحته من الناحية الدولية. ولا محل للاحتجاج بأن هذا الاعتراف يمثل اعتداء

على سيادة الدولة مادام قد ثبت أن القاضى الاجنبى الذى أصدر الحكم هو المختص بحسم المنازعة وأن حكمه مستوف كافة شروط الصحة . هذا فضلا عن أن تحقيق الامان القانونى والاستقرار فى العلاقات الخاصة الدولية وعدم تأبيد المنازعات يقتضى الاعتراف للاحكام الاجنبية بحجية الأمر المقضى به أسوة بالاحكام الوطنية[١] .

وجدير بالذكر أن من التشريعات والاتفاقيات الدولية ما يقرر صراحة الاعتراف للأحكام الاجنبية بحجية الامر المقضى به دون حاجة لصدور أمر بالتنفيذ من القاضى الوطنى[٢]. واذا لم يكن قانون المرافعات المصرى قد ذهب بدوره الى حد النص صراحة على الاعتراف بحجية الامر المقضى به للأحكام الاجنبية دون حاجة لشمولها بالامر بالتنفيذ فان اقتصار المشرع على اشتراط الامر بالتنفيذ لترتيب الأثر الأول للحكم الأخير - وهو القوة التنفيذية - يفيد فى رأى البعض عدم اتجاه نية المشرع الى تعليق الأثر الثانى - وهو تمتع الحكم الأجنبى بحجية الأمر المقضى فى مصر - على اصدار القاضى المصرى للأمر بالتنفيذ . ومن ثم يمكن القول بأن الحكم الاجنبى يتمتع بحجية الامر المقضى به فى مصر بقوة القانون وذلك بشرط صدوره صحيحا من الناحية الدولية أى صدوره من قضاء مختص وسلامة اجراءاته وعدم تضمنه ما يخالف النظام العام أو تعارضه مع حكم وطنى سابق صادر فى نفس النزاع . أما الشرط المتعلق بتوافر المعاملة بالمثل بين مصر والدولة التى صدر فيها الحكم فلا يتعين توافره فى رأى هذا الاتجاه للاعتراف بحجية الامر

---

[١] أنظر فى تأصيل هذا الرأى فى الفقه المصرى الدكتور هشام صادق . تنازع الاختصاص القضائى الدولى . صفحة ٢٦٨ . والدكتور احمد عبد الكريم سلامه . المرجع السابق . صفحة ٥١٧ . والدكتور فؤاد رياض . المرجع السابق . والدكتور عكاشة عبد العال . المرجع السابق . صفحة ٤٤٤ . والدكتورة حفيظة الحداد . المرجع السابق صفحة ٤١٤ .

[٢] من ذلك قانون المرافعات الالمانى (المادة ٣٢٨) والاتفاقية المبرمة سنة ١٩٦٨ بين دول السوق الأوربية المشتركة بشأن الاعتراف بالأحكام الاجنبية وتنفيذها (المادة ٢٦).

المقضى به للحكم الاجنبى تأسيسا على أن مبدأ التبادل هو مبدأ سياسى لا يتوقف عليه صدور الحكم صحيحا .

ولما كانت حجية الامر المقضى به تثبت فى رأينا للحكم الأجنبى بقوة القانون دون تدخل القاضى الوطنى واصداره أمرا بالتنفيذ فمن المنطقى أن تثبت هذه الحجية للحكم الاجنبى من تاريخ صدوره، وذلك خلافا للقوة التنفيذية لهذا الحكم المرتبطة بتاريخ صدور الامر بالتنفيذ من القاضى الوطنى . كذلك نرى أن نطاق حجية الامر المقضى به للحكم الاجنبى تتحدد وفقا لقانون الدولة التى صدر بها هذا الحكم نظرا لانها تترتب كأثر مباشر للحكم الاجنبى وليس نتيجة لصدور حكم من القاضى الوطنى .

**تمييز أحكام الحالة والاهلية بقواعد خاصة :**

ولم يتضح موقف القضاء المصرى بعد بشأن تمتع الاحكام الاجنبية بحجية الأمر المقضى به بصفة عامة . غير أن القضاء قد استقر منذ فترة طويلة - حاذيا فى ذلك حذو القضاء الفرنسي - على الاعتراف لطائفة من الاحكام الاجنبية بحجية الامر المقضى به بقوة القانون أى دون حاجة لصدور أمر بالتنفيذ من القاضى المصرى . وهذه الطائفة من الاحكام هى تلك الخاصة بمسائل الحالة - كالاحكام الصادرة فى مسائل الزواج والطلاق والبنوة - وكذلك الاحكام الصادرة فى مسائل الاهلية. ويكفى لتمتع هذه الاحكام بحجية الأمر المقضى به أن تكون مستوفية للشروط اللازمة لصحة الحكام التى نص عليها المشرع المصرى[١].

---

(١) وقد قضت محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ١٢ يناير سنة ١٩٥٦ بأنه "متى كان الحكم صادرا بشأن حالة الاشخاص بصفة نهائية ومن جهة ذات ولاية باصداره بحسب قانونها وبحسب قواعد اختصاص القانون الدولى الخاص ، وليس فيه ما يخالف النظام العام فى مصر ولو كان شرط التبادل غير متوافر ، مادام انه لم يصدر حكم من المحاكم المصرية واجب التنفيذ فى نفس الموضوع وبين الخصوم أنفسهم . واذن فمتى

وذلك باستثناء شرط المعاملة بالمثل . وعلى ذلك فان الزوجة التى حصلت على حكم اجنبى بالتطليق تستطيع أن تبرم زواجا جديدا دون حاجة لشمول الحكم الاجنبى بالتطليق بالامر بالتنفيذ . كما أن هذا الحكم الاجنبى يحول دون قبول دعوى تطليق جديدة أمام القضاء الوطنى لسبق الفصل فى النزاع .

ويبرر الفقه حجية الامر المقضى به لاحكام الحالة والاهلية الصادرة بالخارج دون حاجة لصدور أمر بالتنفيذ من القاضى الوطنى بكون هذه الاحكام منشئة لمراكز قانونية لا سبيل الى انكارها . اذ ليس بمقبول أن يتغير مركز الشخص القانونى بتغير مكان وجوده . فليس بمقبول أن يعتبر الشخص الذى صدر بشأنه حكم بالتطليق مطلقا فى الدولة التى صدر فيها الحكم ومتزوجا فى الدول الاخرى . كما أنه ليس بمقبول أن يعتبر شخص ابنا شرعيا فى الدولة التى صدر فيها حكم بثبوت نسبه وابنا غير شرعى فى الدول الاخرى . فبطبيعة الحكم الصادر فى مسائل الحالة والاهلية تحتم الاعتراف بهذا الحكم بقوة القانون خارج حدود الدولة التى صدر من محاكمها طالما كان الحكم مستوفيا لشروط الصحة السابق بيانها .

غير أنه لا يمكن الاعتداد بحجية الامر المقضى به للحكم الاجنبى اذا كان من شأن ذلك اجراء تنفيذ مادى على الاموال او اتخاذ وسائل اكراه نحو الاشخاص ، اذ يلزم حينئذ تدخل القاضى الوطنى لشمول الحكم الاجنبى بالامر بالتنفيذ . ذلك أن اتخاذ اجراء تنفيذ مادى على الاموال أو اكراه نحو الاشخاص لا يتم الا بالالتجاء الى عمال السلطة العامة فى

---

كان الحكم المطعون فيه اذ انتهى الى الاخذ بحجية احكام صادرة من محاكم لبنان فيما قضت به من نفى بنوة شخص لأخر لبنانى قد اثبت استكمال هذه الاحكام للشرائط المتقدمة ، فان الحكم لا يكون قد اخطأ القانون". مجموعة النقض المدنى . السنة السابعة . الجزء الأول . صفحة ٧٤.

مصر وهم لا يأتمرون - كما هو معلوم - بأوامر القاضى الاجنبى الذى أصدر الحكم . على ذلك فان كان الحكم الاجنبى الصادر بالتطليق يقضى بالنفقة للزوجة أو بضم حضانة الطفل لها فان حجية الامر المقضى به التى يتمتع بها الحكم لا تمتد الى هذه الاثار نظرا لكونها تتطلب اتخاذ اجراءات جبرية بواسطة السلطة العامة ومن ثم يتعين صدور الامر بتنفيذ الحكم من القاضى الوطنى لاتخاذ مثل هذه الاجراءات .

**ثانيا : هل يمكن الاستناد إلى الحكم الاجنبى كدليل فى الاثبات؟**

واذا كان الحكم الاجنبى لا يعتد به بقوة القانون كسند واجب التنفيذ فان ذلك لا ينفى كون هذا الحكم محررا رسميا وبالتالى حجة على ما ورد فيه وذلك دون حاجة لشموله بالامر بالتنفيذ. ويكون للحكم الاجنبى قوة الاثبات التى قررها قانون الدولة التى صدر بها وقد حكم القضاء المصرى بأن "الأحكام التى لم تمنع الامر بتنفيذه لها قوة اثبات ما جاء فيها وتعتبر حجة لما جاء فيها من صفات أو وقائع وذلك احتراما للحقوق المكتسبة"[1] . وقد ذهب القضاء الفرنسى الى جواز الاستناد الى الحكم الاجنبى لتوقيع حجز ما للمدين لدى الغير دون حاجة لشموله بالامر بالتنفيذ ، وكذلك جواز اتخاذ اجراءات تحفظية بناء على هذا الحكم.

غير أنه يتعين على القاضى الوطنى الذى يقدم اليه الحكم الاجنبى كدليل اثبات أن يتحقق من سلامة الحكم الأجنبى باعتباره صادرا من سلطة عامة أجنبية مختصة .

**ثالثا : يعد الحكم الاجنبى كواقعة قانونية ؟**

ويعتبر الحكم الاجنبى الذى تم تنفيذه فعلا فى الخارج واقعة

---

[1] انظر حكم محكمة القاهرة الابتدائية فى ٦ ابريل سنة ١٩٥٤ . مجلة التشريع والقضاء . السنة السادسة . العدد ١٧ . صفحة ٣٥٣ .

قانونية يتعين الاعتراف بها دون حاجة لتدخل القاضى الوطنى لاصدار أمر بالتنفيذ .

وأول من لفت النظر الى هذا الاثر المترتب على الحكم الاجنبى هو الفقيه الفرنسى الشهير بارتان Bartin وذلك فى تعليقه على حكم صادر من محكمة استئناف نانسى بفرنسا وتتلخص وقائع هذا الحكم فى أن عاملا بلجيكيا كان قد أصيب اصابة عمل فى فرنسا ، ولجأ الى القضاء الفرنسى لطلب التعويض من الشركة التى يعمل بها . غير أنه ثبت عند نظر الدعوى أن هذا العامل قد سبق له الحصول على حكم بتعويض من محاكم لوكسمبورج عن نفس الاصابة .

وقد قررت محكمة نانسى الفرنسية عند تقديرها لقيمة التعويض الذى طلبه منها العامل أن تستنزل منه التعويض الذى حكم به فى الخارج، وذلك دون حاجة لصدور أمر بتنفيذ الحكم الأجنبى فى فرنسا.

وقد استخلص الفقيه بارتان من هذا الحكم أن الاحكام الاجنبية تعتبر فى ذاتها واقعة منتجة لآثار قانونية. غير أنه بامعان النظر فى الحكم الذى استخلص منه الفقيه بارتان هذا الأثر يتبين لنا أن القضاء الفرنسى لم يرتب الأثر المذكور - وهو تخفيض قيمة التعويض الذى حكم به بنسبة التعويض المحكوم به بالخارج - على مجرد صدور الحكم الاجنبى ، وانما رتبه على تنفيذ الحكم الاجنبى بالخارج أى على حصول العامل فعلا على التعويض الذى حكم له به فى الدول الأجنبية. وهذا التعويض الذى حصل عليه فى الخارج هو الذى قرر القضاء الفرنسى استنزاله من التعويض الذى حكم به للعامل . وعلى ذلك فان استنتاج الفقيه بارتان بأن الحكم الاجنبى نفسه يمثل الواقعة القانونية التى اعتد بها القضاء الفرنسى عند تحديده للتعويض المحكوم به للعامل يجب أن يرد عليه تحفظ هام . اذ الواقع أن تخفيض القضاء الفرنسى لقيمة التعويض

المحكوم به لم يكن سببه مجرد صدور حكم فى الخارج وانما كان مرجعه تنفيذ هذا الحكم فعلا فى الخارج . وعلى ذلك يتعين القول بأن الحكم الاجنبى يعتبر واقعة قانونية يعتد بها القاضى الوطنى اذا كان قد تم تنفيذه فعلا فى الخارج .

# تنـــــازع القوانين

**مقدمـــة :**

عرضنـا فـى مقدمـة هذا المؤلـف الـى المراحـل التـــى تمـر بـهـا العلاقات المشتملة على عنصر أجنبى. وعرفنا أن هـذه العلاقـات ، مثلـها فى ذلك مثل العلاقات الوطنية البحتة، تمر بمراحل ثلاث : مرحلة التمتـع بالحقوق وهى المرحلة التى تتحدد فيها قدرة الفرد على التمتع بحق معيـن داخل حدود الدولة ، ومرحلة ممارسة الحقوق، وهـى المرحلـة التـى يتـم فيها اكتساب الحق ونفاذه ، وأخيرا مرحلة حمايـة الحقـوق ، أى المرحلـة التى يتم فيها تحديد محاكم الدولة التى تختص بنظر الدعوى التـــى يرفعـها أحد أطراف العلاقة اذا ما ثار نزاع بشأنها .

وتتصل العلاقة ذات الطابع الدولى بعدة دول عن طريق العناصر المكونة لها . فلو باع مصرى إلى المانى شقته الكائنة فى انجلترا بعقد تـم فى مصر فان العلاقة تكون حينئذ متصلـة بكـل مـن مصـر والمانيـا عـن طريق أطرافها كما تكون متصلة ببريطانيا عن طريق محلها وبمصر عن طريق السبب المنشىء لها. وهذه الصلة تكفى لترشيح قانون كل من هذه الدول لحكم العلاقة . وبعبارة أخرى فان قـانون القـاضى المطـروح عليـه النزاع لا يستطيع الانفراد بحكم موضـوع العلاقـة ، اذ قـد تكـون العلاقـة أكثر ارتباطا باحدى القوانين الأخرى المتصلة بها عن طريق كل عنصـر مـن عناصرهـا . ولاشـك أن اسـتقرار المعـاملات ذات الطـابع الدولـى واضطرادها لا يتحقق الا باختيـار أنسـب القوانيـن وأكثرهـا انسـجاما مـع نوع العلاقة . ومن ثـم فانـه يتعيـن المفاضلـة بيـن مختلـف القوانيـن التـى تتصل بالعلاقة للاهتداء الى القانون الأصلح لحكم العلاقة. وهذه المفاضلة قد تؤدى الى اختيار قانون أجنبى لحكم العلاقة كما قـد تـؤدى الـى اختيـار القانون الوطنى . وقد استقر الفقه على تسمية هـذه الظـاهرة ، أى ظـاهرة المفاضلة بيـن القوانيـن المتصلـة بالعلاقـة ذات الطـابع الدولـى ، بظـاهرة

تنازع القوانين Conflit de lois .

ولا يتحقق تنازع القوانين الا بتوافر الظواهر الآتية:

**١ - امكان تطبيق القاضى الوطنى لقانون غير قانونه :**

لا تثار مشكلة بشأن البحث عن القانون الاقرب صلة بالعلاقة ، فى حالة ارتباطها بأكثر من نظام قانونى ، الا اذا كان للقاضى ان يطبق ايا من هذه النظم القانونية. اذ لو لم يكن للقاضى تطبيق قانون من القوانين الاجنبية لكان واجبا عليه الاقتصار على تطبيق القانون الوطنى لدولته دون غيرها .

ومن ثم فلم تظهر فكرة تنازع القوانين الا بعد وصول الفكر القانونى إلى درجة من التطور تسمح بقبول تطبيق قوانين أخرى غير قانون القاضى المطروح عليه النزاع .

ويرجع الأصل التاريخى لهذه المشكلة الى الرغبة فى تحديد الدولة التى تختص محاكمها بنظر المنازعة المشتملة على عنصر أجنبى. وكان تعيين المحكمة المختصة يتضمن بصفة آلية تعيين القانون الذى يحكم العلاقة ، اذ أن محاكم كل دولة لم تكن تطبق سوى قانونها على كل ما يطرح عليها من منازعات . ولم يكن من المتصور قيام أى تنازع بين القوانين طالما كان التلازم متحققا بين المحكمة المختصة والقانون الذى يحكم النزاع ، أى طالما كان القاضى يقتصر على تطبيق قانونه على ما يطرح عليه من منازعات ذات طابع دولى .

غير أن ازدياد الحاجة للتعامل بين الدول وتعذر بقاء المجتمعات الوطنية فى معزل عن بعضها البعض من الناحية الاقتصادية والاجتماعية أدى الى استحالة استمرار التلازم بين الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى ، وأصبح من الضرورى السماح أحيانا بتطبيق

القاضى الوطنى لقانون غير قانون دولته اذ لو تشبثت كل دولة باخضاع جميع العلاقات التى تتصل بعض عناصرها بنظم قانونية أجنبية ، لقانونها الوطنى أسوة بالعلاقات الوطنية البحتة ، لأدى ذلك الى امكان عدم اعتراف النظم القانونية الأخرى بهذه العلاقات والى ارتباك المعاملات الدولية وشل الحياة الاقتصادية بل والحياة الاجتماعية فى المجتمع الدولى. فلو أخضعنا مثلا زواج فرنسى وهولندية للقانون المصرى دون مراعاة للشروط الموضوعية التى يتطلبها القانون فى كل من الدولتين فان النظام القانونى الاجنبى الذى سيعيش الزوجان فى ظله لن يعترف بهذا الزواج.

**٢ - وجود قواعد قانونية متباينة :**

تقوم فكرة تنازع القوانين على افتراض تباين القواعد القانونية الموضوعية من دولة إلى أخرى . اذا لو كانت القواعد القانونية متماثلة فى قوانين مختلف الدول المتصلة بالعلاقة لما كان هناك مجال لقيام ظاهرة تنازع القوانين .

ورغم اشتراط وجود هذا التباين فإن جانبا من الفقه يذهب الى وجوب الا يصل هذا الاختلاف الى حد التعارض فى ذات الأسس التى تقوم عليها القوانين المختلفة ، والا تعذر على المشرع الوطنى السماح بتطبيق القانون الأجنبى ، وبالتالى يتعذر قيام ظاهرة تنازع القوانين . من ذلك مثلا أن محاكم الدول الأوربية ترفض تطبيق احكام الشريعة الاسلامية بالنسبة لطلاق المسلمين أو بالنسبة لتعدد الزوجات .[1]

والحقيقة اننا نؤيد الرأى القائل بأن "امتناع محاكم دولة عن تطبيق قانون دولة أخرى ، كما هو الحال فى المثال السابق لا يعنى عدم توافر الشروط اللازمة لقيام تنازع القوانين". ذلك أن "ظاهرة التنازع تتحقق

---

[1] انظر فى هذا الاتجاه الدكتور جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين ، ص ٢٠.

بمجرد ارتباط العلاقة القانونية بالنظام القانونى لدولة غير دولة القاضى. فإذا تبين ان هذا النظام القانونى الاجنبى من الاختلاف بحيث لا يتسنى للقاضى الوطنى تطبيق أحكامه فليس معنى ذلك انتفاء ظاهرة تنازع القوانين بل ان معناه قيام مانع يمنع القاضى من تطبيق القانون الاجنبى بالرغم من أن صلته بالعلاقة محل النزاع كانت ترشحه لحكم هذه العلاقة". (١)

**٣ - ظاهرة الحدود :**

يلزم لقيام ظاهرة تنازع القوانين صدور القوانين المتزاحمة لحكم العلاقة عن سلطات تشريعية فى وحدات قانونية أو اقاليم مختلفة الحدود.

ذلك أن ظاهرة الحدود الاقليمية تعد ركنا أساسيا لقيام تنازع بين القوانين المختلفة ، اذ لو انتمت مختلف القوانين لنفس الوحدة القانونية لما وجد تنازع حقيقى بين نطاق تطبيق القوانين . إذ لو أن القوانين المرشحة لحكم العلاقة صادرة عن نفس المشرع لتسرى داخل نطاق نفس الأقليم لكان الاختلاف بين نطاق تطبيق كل منها مسألة داخلية بحتة لتنظيم مجال تطبيق القوانين . مثال ذلك أن يصدر المشرع المصرى عدة قوانين لتنظيم عمل القضاء والمحاماة والشرطة او ان يصدر تشريع لتنظيم الاحوال الشخصية للمسلمين وآخر لغير المسلمين ، فأن التنازع الذى نراه فى هذه الاحوال لا يخرج عن كونه تنازع داخلى للقوانين بشأن طوائف معينة من الاشخاص تقيم فى ذات الاقليم ومن ثم يمكن أن يطلق عليه اسم التنازع الشخصى ، الذى يخرج بطبيعته من نطاق قانون العلاقات الخاصة الدولية(٢) لانعدام احدى المقومات الاساسية وهى

---

(١) انظر رأى استاذنا الدكتور فؤاد رياض ، تنازع القوانين والاختصاص القضائى الدولى وآثار الاحكام الأجنبية، دار النهضة العربية ، ١٩٩٤ ، ص ٦.

(٢) انظر الدكتور عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص ، الطبعة السادسة ، ص ٣٥ ومابعدها.

ظاهرة الحدود .

وعلى خلاف ما يذهب اليه الفقه الأمريكى من امكانية حدوث ظاهرة تنازع القوانين بالنسبة للقوانين التى تصدر عن السلطات التشريعية للولايات المختلفة فإن الرأى الغالب يميل الى قصر مجال تنازع القوانين على التنازع القائم بين قوانين تنتمى الى دول مختلفة .

وقد يرجع نفى قيام حالة تنازع القوانين هنا إلى ارتباط ظاهرة تنازع القوانين بمبدأ عدم التلازم بين الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى . ذلك أن التنازع بين القوانين الصادرة من وحدات اقليمية مستقلة يختلف فى جوهره عن التنازع بين قوانين الطوائف المختلفة داخل نفس الدولة. ذلك أنه عندما يقوم القاضى باختيار أى من التشريعات الطائفية لحكم النزاع فان اختياره ينحصر فى نطاق التشريعات الصادرة من نفس الوحدة القانونية ، وهى تشريعات واجبة التطبيق جميعها فى نطاق مكانى واحد . فهنا يوجد فى الواقع تلازم بين المحكمة المختصة بنظر النزاع والقانون الواجب التطبيق ، وان اختلفت الأحكام الموضوعية فى هذا القانون حسب الطائفة التى يثور بشأنها النزاع ، وفى هذا ما ينفى امكان قيام ظاهرة التنازع بالمعنى الذى عرفناه.

وعلى العكس من ذلك فان التنازع بين قوانين صادرة من وحدات اقليمية مختلفة قد يؤدى إلى تطبيق القاضى لقانون صادر من وحدة قانونية غير تلك التى ينتمى اليها أى تطبيق قانون غير واجب التطبيق أصلا على الوحدة الاقليمية التى ينتمى اليها القاضى . وبعبارة أخرى فان التنازع بين القوانين فى هذه الحالة ينطوى على المفاضلة بين قوانين يختلف مجال تطبيق كل منها من حيث المكان ، بمعنى أن كلا من هذه القوانين وضع أصلا ليسرى داخل حدود مكانية معينة ، هى حدود الوحدة القانونية التى صدر القانون عن سلطاتها . وقد يترتب على هذه المفاضلة تطبيق القاضى لقانون غير قانونه . وحينئذ يتحقق عدم التلازم بين

المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق وهو أساس قيام تنازع القوانين .

ولكن هل تتأثر ظاهرة تنازع القوانين باعتراف الدولة بغيرها من الدول أو الحكومات ؟

ولاشك فى أن تطبيق القاضى الوطنى لقانون دولة أخرى يتطلب بالضرورة اعتراف دولة القاضى بالدولة الأجنبية المرشح قانونها لحكم العلاقة. ذلك أن عدم الاعتراف بالدولة الأجنبية يؤدى إلى انكار كل وجود قانونى لهذه الدولة فى مواجهة الدولة غير المعترفة[1] وبالتالى فان القوانين الصادرة فى هذه الدولة لن يكون لها أى وجود فى مواجهة دولة القاضى التى لم تعترف دولته بهذه الدولة . ومن ثم يكون ثمة محل للمفاضلة بين تشريع الدولة غير المعترف بها وبين تشريع دولة القاضى.

أما عن مشكلة الاعتراف بالحكومة فقد ثارت هذه المشكلة أمام محاكم الكثير من الدول على أثر قيام حكومة روسيا السوفيتية فى أعقاب الثورة . فذهب قضاء بعض الدول ومنها فرنسا وبلجيكا الى رفض تطبيق القوانين التى أصدرتها حكومة الاتحاد السوفيتى التى لم يكن قد تم بعد الاعتراف بوجودها القانونى. واستقر قضاء البعض الآخر من الدول كألمانيا والنمسا على أن عدم الاعتراف بحكومة الاتحاد السوفيتى لا يمنع من تطبيق القوانين التى تصدر منها ، تأسيسا على ان هذه القوانين هى المعمول بها فعلا داخل الدولة الروسية أما قضاء الولايات المتحدة الأمريكية فأحكامه متضاربة ، ولو أنها تميل فى غالبيتها الى السماح بتطبيق قانون الدولة الأجنبية بالرغم من عدم الاعتراف بحكومتها .

ويميل فقهاء القانون الدولى الخاص الى عدم التفرقة بين حالة عدم الاعتراف بالدولة وحالة عدم الاعتراف بالحكومة من حيث عدم

---

[1] انظر الدكتور عبد العزيز سرحان . مبادىء القانون الدولى ، دار النهضة العربية . ط ١٩٨٠ ص ٤٧٥ ومابعدها .

امكان تطبيق القانون الصادر باسم الحكومة الأجنبية ويبدو لنا أن عدم الاعتراف بالحكومة يختلف فى الواقع عن عدم الاعتراف بالدولة اختلافا جوهريا ، فعدم الاعتراف بحكومة دولة أجنبية ليس من شأنه انكار كل وجود قانونى للدولة الأجنبية فى مواجهة الدولة غير المعترفة اذ لا يترتب على عدم الاعتراف بالحكومة الأجنبية سوى قطع العلاقات السياسية . أما الأعمال التى تقوم بها الحكومة غير المعترف بها داخل اقليمها فتعتبر من صميم اختصاصها الداخلى ويتعين نفاذها فى مواجهة الدول الأخرى مادامت قد صدرت من حكومة استقرت فى يدها السلطة الفعلية فى الاقليم . وعلى ذلك فيجب ألا يكون لعدم اعتراف دولة القاضى بالحكومة الأجنبية تأثير على امكان تطبيقه للقوانين الصادرة من هذه الحكومة طالما أن هذه القوانين هى السارية فعلا فى الدولة الأجنبية[١]، والقول بغير ذلك من شأنه تطبيق القاضى للقانون الذى كان ساريا قبل تولى الحكومة غير المعترف بها السلطة الفعلية ، وهو أمر غير مستساغ لأنه يؤدى الى أحياء قانون لم يبق له وجود فى الدولة التى صدر فيها.[٢]

وسوف نعرض لتنازع الاختصاص التشريعى فى قسمين :

أما القسم الأول فسيخصص لدراسة الأسلوب الفنى لفض تنازع القوانين ، بما يتضمنه ذلك من بحث فى قاعدة الاسناد ذاتها وبحث فى مضمون القانون الواجب التطبيق .

أما القسم الثانى فسنعرض فيه للأحكام الوضعية فى تنازع القوانين فى النظام القانونى المصرى .

---

[١] انظر الدكتور منصور مصطفى منصور ، مذكرات فى القانون الدولى الخاص (تنازع القوانين) ص ٢٢ و ٢٣.

[٢] وهذا الحل قد اخذت به فعلا محكمة الاستئناف المختلطة المصرية فى حكمها الصادر فى ١٠ مارس سنة ١٩٣١ (مجلة التشريع والقضاء السنة ٤٣ ص ٢٨٣) حيث قضت بأن القانون الروسى القديم هو الواجب التطبيق فى قسمة تركة روسى توفى فى مصر تأسيسا على عدم اعتراف مصر بحكومة روسيا السوفيتية.

# القسم الأول
# النظرية العامة لتنازع القوانين

**مقدمـة :**

**تحديد مشكلة تنازع القوانين :**

اذا القينا نظرة اجمالية على علم تنازع القوانين لتبين لنا انه يتكون من مجموعة القواعد القانونية التي تهتم بتنظيم ممارسة الحقوق في الحياة الدولية الخاصة . واذا رجعا الى اصل نشأة هذه القواعد للمسنا أن هناك اختلافا جذريا بين الطريقة التى اتبعت فى تنظيم هذه العلاقات فى عصر الرومان من ناحية وتلك التى اتبعت فى العصور الوسطى والحديثة من ناحية أخرى .

فقد وجدت ظاهرة التنازع مع اتصال الشعوب وارتباط افرادها بعلاقات تفترضها الطبيعة الانسانية التى ترفض بنزعتها البشرية كل حاجز يمنع ذلك الاتصال .

اذ لم يقف الرومان فى الامبراطورية الرومانية ولا المسلمون فى عصور الخلافة الاسلامية عند حد المعاملات المحلية مع مواطنيهم . وإنما تجاوزت معاملاتهم حدود دولهم فأقاموا مبادلات مع شعوب اخرى من اقاليم او ديانات مختلفة ، فنشأ عن ذلك علاقات جديدة ذات عنصر أجنبى، وهى نواة كل تنازع .

الا أن هذا التنازع وإن عرفته قواعد القانون الرومانى وقواعد الشريعة الاسلامية كظاهرة إلا أنه لم يظهر كنظرية لها مقوماتها . فالحلول التى كانت تعطى للمنازعات التى تنشأ عن تلك العلاقات ذات الطابع الاجنبى كانت حلولا موضوعية مستمدة من قانون موضوع مسبقاً للتطبيق على هذه الحالات ، دون النظر إلى قواعد خاصة لحل هذا التنازع .

فالرومان عرفوا نوعين من القوانين والقضاء ؛ يختص كل منها

بفرع محدد من العلاقات :

فالقانون المدنى الرومانى يختص بحكم علاقات الرومان بعضهم ببعض ويختص بتطبيقه القضاء الرومانى العادى أما علاقات الرومان بالاجانب أى العلاقات المختلطة ، فكان ينظمها قانون آخر هو قانون الشعوب المستمد من مبادىء العدالة والمبادىء المهيمنة على مختلف النظم القانونية دون التقيد بالشكليات التى تميز بها القانون الرومانى . وكان يختص بتطبيقه قضاء الاجانب المسمى Praetor peregrinis . ومن ثم يظهر واضحاً التلازم التام بين المحكمة والقانون.

فقضاء الرومان يطبق القانون المدنى ، وقضاء الاجانب يطبق قانون الشعوب، مما ينفى كل وجود لنظرية التنازع بانتفاء عملية الاختيار والمفاضلة بين اكثر من نظام قانونى .

أما الشريعة الاسلامية فقد عرفت نوعين من القواعد القانونية :

القواعد الشرعية التى تطبق فى إقليم الدولة على المسلمين وغير المسلمين إلا فيما يمس العقيدة .

والقواعد الموضوعية التى نظمت العلاقات ذات العنصر الاجنبى، وهى أحكام خاصة لا يعمل بها نتيجة لاسناد العلاقة إلى شرائع الدول غير الاسلامية ، وإنما نتيجة لاقتباس احكام هذه الشرائع فى حدود واسعة من التسامح .[1]

وهو نفس المنهج الذى اتبعه المشرع الرومانى عندما وضع قانون الشعوب ، وإن اختلفا فى الأساس والطبيعة :

---

[1] انظر المؤلف القيم لاستاذنا الدكتور احمد عبد الكريم ، مبادىء القانون الدولى الخاص المقارن بالشريعة الاسلامية . دار النهضة ١٩٨٧ .

فأساس التقسيم الذى اعتمده القانون الرومانى كان متخذا من المفهوم السياسى الرومانى الذى مؤداه أن كل ما هو خارج السيادة الرومانية لا يمكن أن يشكل مجموعة سياسية أو وجوداً قانونيا معترفا به. اما التقسيم الذى اعتمدته الشريعة الاسلامية فيعتمد على مفهوم دينى للدولة: فكل ما هو خارج الاقليم الذى يسوده المسلمين يعتبر خارج عن الدولة الاسلامية ، ولا يمكن القبول بتطبيق قوانين هذه الاقاليم فى الاقليم الذى يحكمه المسلمين.

وعلى خلاف نظرة الرومان إلى غيرهم ، كانت نظرة المسلمين إلى الاقاليم التى يحكمها غير المسلمون على أنها كيانات سياسية معترف بها ولها قوانينها الخاصة ، إلا أن النزاع الكامن بين هذه الكيانات والدولة الاسلامية ، وإن لم يكن يظهر فعليا ، الا فى فترات متباعدة ، كان يمنع كل تصور لتنازع القوانين أو مفاضلة بين قوانين هذه الاقاليم والشريعة الاسلامية .

اما عن الاختلاف فى الطبيعة : فقد كان القانون الرومانى قانون شخصى يميز بين الاشخاص فى التطبيق . أما الشريعة الاسلامية فلم تكن تقيم تمييزا على الاساس الشخصى ، بل على الأساس الأقليمى . فلم تكن تقبل تطبيق قواعد قانون اخر الا فى الحدود التى تسمح هى بتطبيقها ، كالسماح لغير المسلمين بتطبيق شرائعهم الملية وعاداتهم الشخصية والخاصة بطوائفهم داخل الاقليم الذى يسوده الاسلام من خلال النظام القضائى القائم .

وقد ثارت مشكلة تنظيم العلاقات ذات الطابع الدولى من جديد فى أواخر القرن الثانى عشر فى مدن ايطاليا نظرا لازدهار التجارة واضطراد التعامل فيما بينها. وقد ثار السؤال من الناحية العملية عن كيفية حل المنازعات التى تقوم بين أفراد منتمين الى أكثر من مدينة تمثل

كل منها وحدة تشريعية مستقلة . ولما كان استقلال كل من هذه المدن يحول دون وجود قواعد موضوعية مشتركة لحكم هذه العلاقات مباشرة كتلك التى تضمنها قانون الشعوب ، فقد اهتدى الفقه والقضاء الى طريقة أخرى لحل المنازعات ذات الطابع الدولى. وتتخلص هذه الطريقة فى اختيار قانون احدى المدن لحكم النزاع . وليس بلازم أن يكون هذا القانون هو قانون مدينة القاضى المطروح عليه النزاع ، بل قد يكون قانون أية مدينة أخرى ذات صلة بالعلاقة وقد راعى الفقهاء فى تحديدهم للقانون الواجب التطبيق على العلاقات المتصلة بأكثر من مدينة تسهيل التعامل والاستجابة لمقتضيات التجارة وضرورات الحياة العملية دون التقيد سلفا بمبدأ عام . ومن أهم الأمثلة على ذلك اعتبار أن القانون الواجب التطبيق على العقد هو قانون المكان الذى تم فيه ابرام العقد دون الاعتداد بقانون القاضى المطروح عليه النزاع نظرا لسهولة تعرف جميع أطراف العلاقة على أحكام قانون مكان العقد من الناحية العملية . ومن أمثلة ذلك أيضا اخضاع المسائل المتعلقة بحالة الأفراد وأهليتهم لقانون المدينة المتوطنين بها دون الاعتداد بقانون القاضى أو بقانون المدينة التى انتقلوا اليها. ذلك أن تغير القانون الذى يحكم مسائل الأحوال الشخصية وهى لصيقة بالفرد ووثيقة الصلة بحياته ، وفقا للمكان الذى ينتقل اليه الفرد أو المكان الذى تثور أمامه المنازعة من شأنه المساس بحياة الفرد مما قد يؤدى به الى الامتناع عن الانتقال خارج موطنه وهذا من شأنه الاضرار بالتعامل بين الأفراد التابعين لمختلف المدن .

وقد حاول الفقهاء فى ذلك الحين ايجاد حل لكل مسألة فى ضوء الاعتبارات العملية وحاجة المعاملات دون التقيد بفكرة مسبقة . وكان هدفهم الأساسى هو الوصول الى أكثر الحلول قبولا وتحقيقا للعدالة، لذلك كانت حلولهم متخيرة غير مقيدة بمبدأ محدد سلفا .

ومن أهم الفقهاء الايطاليين فى تلك الفترة الفقيه بارتول Bartolus. وقد استقر فى الأذهان منذ ذلك الحين وجوب حل المنازعات ذات الطابع الدولى - أى التى تتصل عناصرها بأكثر من نظام قانونى - عن طريق اختيار قانون معين من بين القوانين المتصلة بالمنازعات تستمد منه الأحكام الموضوعية التى ستحسم النزاع . وذلك دون نظر الى كون هذا القانون هو قانون القاضى المطروح عليه النزاع أم قانون دولة أجنبية . وقد كانت هذه الفكرة بمثابة نقطة الانطلاق الحقيقية فى تنازع القوانين ، اذ لا مجال لوجود تنازع بين القوانين الا اذا أمكن تصور قيام القاضى بتطبيق قانون غير قانونه .

غير أنه اذا كان الفقهاء الايطاليون فى القرن الثالث عشر قد أجروا هذا الاختيار فى ضوء الاعتبارات العملية وحاجة المعاملات وبقصد الوصول الى أكثر الحلول قبولا أو تحقيقا للعدالة، فان الأمر قد تغير فيما بعد ، اذ سادت مدارس فقهية أخرى ابتداء من القرن السادس عشر جعلت اختيار القانون الذى يحكم النزاع قائما على أسس مستمدة من الظروف السياسية والقانونية السائدة فى المجتمع .

وقد اتبعت هذه المدارس مناهج مختلفة الاسلوب لتحديد مدى السماح للقضاء الوطنى بتطبيق قانون غير قانونه:

**أولا: وضع مبدأ عام مسبق تخضع له العلاقة :**

ويتخلص هذا الاسلوب فى وضع مبدأ عام محدد مسبقاً لتخضع له العلاقات القانونية ذات الطابع الدولى .

وقد يستمد هذا المبدأ من أشخاص العلاقة أو مكان نشأته فيسمى المبدأ بمبدأ اقليمية القوانين أو مبدأ شخصية القوانين حسب مصدره . وسوف نعرض لكل من هذين المبدأين لنرى مدى الاختلاف فى مجال

تطبيق القانون الأجنبى على العلاقة باختلاف المبدأ المتبع .

**١ ـ مبدأ اقليمية القوانين : (فقه دار جنترية)**

ظـهر فـى فرنسا الفقيه دارجنتريه D'Argentre ذى النزعة الاقطاعية لينادى باختيار القانون على اساس فكرة الاقليمية . وقد قسم هذا الفقيه النظم القانونية إلى قسمين رئيسيين : نظم عينية ، وهى الأساس والقاعدة الغالبة ، ونظم شخصية وهى محدودة التطبيق .

النظم العينية هى التى يكون موضوعها عينيا يتصل بالاشياء والنظم الشخصية ، وهى التى يكون موضوعها ذاتيا ، مختصا بذات الشخص او حالته .

وقد قسم دارجنتريه فكرة الاقليمية الى اقليمية مطلقة واقليمية نسبية، حيث تقضى الاولى بتطبيق القاضى الذى يعرض عليه النزاع لقانونه المحلى ايا كان موضوع النزاع أو أطرافه أو مكان إنشائه. ولاشك فى أن هذه الصورة من الاقليمية لا تسمح بأى مجال لظهور فكرة تنازع القوانين . هذا بينما تقضى الاقليمية النسبية بأن الاصل هو الاختصاص الاقليمى الا أن هناك مجال وإن كان ضيقا للسماح بتطبيق قانون غير قانون القاضى الذى ينظر النزاع .

وواضح أن الاقليمية النسبية أكثر مرونة من الاقليمية المطلقة ، وأنه فى ظل الاقليمية النسبية يمكن أن تظهر ظاهرة تنازع القوانين بمفهومها الفنى .

وخلاصة ذلك أن دراجنتريه ذهب إلى أن الاصل هو اقليمية القوانين الا أنها اقليمية نسبية تسمح وفى نطاق ضيق بالآخذ بنظام شخصية القوانين ، بحيث يمكن تطبيق قانون أجنبى فى اقليم القاضى الوطنى. ولا زال لهذه النظرية بعض الاثار التطبيقية فى بعض الدول

مثل هولندا وبريطانيا .

## ٢ - مبدأ شخصية القوانين : (فقه مانشينى)

وينطلق هذا الفقيه من مبدأ أساسى هو إخضاع الاشخاص إلى قانون جنسيتهم . ويستند فى ذلك إلى أن المشرع لا يصدر القوانين بالنظر إلى الاقليم وانما بالنظر الى الاشخاص المكونين للدولة مراعيا ظروفهم الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ، ومن ثم يكون من الاولى أن يطبق على كل شخص قانون الدولة التى ينتمى اليها فى أى مكان يتواجد فيه ولو خارج حدود دولته . فالقوانين لم توجد الا لمصلحة الانسان ولتنظيم علاقته بغيره من بنى جنسه . ومن حق الانسان ان يطالب باحترام قوانينه الوطنية الخاصة .

ذلك أن الدولة لا تمارس سيادتها على الاقليم فحسب بل على الأشخاص المكونين لشعب هذا الاقليم ، والسيادة الشخصية للدولة على افراد شعبها مقدمة على سيادتها على اقليمها . ومؤدى ذلك ضرورة امتداد قوانينها لتحكم افراد شعبها اينما كانوا .

وقد لاقت هذه النظرية انتشارا واسعا فى دول القارة الأوربية وكذلك فى الدول العربية .

ومن أهم آثارها فى الوقت الحالى تطبيق قانون الجنسية فى بعض المسائل القانونية بدلا من قانون الموطن على ما سوف نراه تفصيلا فيما بعد .

والملاحظ أن فقه مانشينى ، وإن اختلف فى أساس نظرته عن فقه دارجنتريه إلا انهما يلتقيان فى الطريقة المتبعة لاختيار القانون الذى يحكم العلاقة . فكلاهما يصدر عن فكرة مسبقة يتم عن طريقها تحديد القانون الواجب التطبيق .

**ثانيا : تحليل العلاقة القانونية لمعرفة أكثر القوانين اتصالا بها :**

وقد ظهر هذا الاسلوب فى المدرسة الايطالية القديمة الا أن الفقيه سافينى Savigny قد سلك مسلك هذه المدرسة فى القرن التاسع عشر فلجأ الى تحليل العلاقات القانونية لكى يتوصل الى معرفة أكثر القوانين اتصالا بها. وتتم معرفة هذا القانون عن طريق ربط العلاقة القانونية بمكان معين ، أى عن طريق البحث عن الدولة التى يوجد بها مركز هذه العلاقة ، وبالتالى يكون قانون هذه الدولة هو أنسب القوانين لحكم العلاقة.

ويتبين من هذا العرض التاريخى السريع أن تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة ذات الطابع الدولى قد يتم بأحد أسلوبين :

الأسلوب الأول يتلخص فى وضع مبدأ عام تخضع له العلاقات ذات الطابع الدولى ، وهذا المبدأ قد يكون اقليمية القانون بصفة عامة ، أى خضوع كل ما يتم داخل اقليم الدولة لقانون هذه الدولة . وقد يكون هذا المبدأ هو امتداد القانون ، أى خضوع الأشخاص لقانون دولتهم أينما ذهبوا. وعلى ذلك فان مجال تطبيق القانون الأجنبى سيختلف اتساعا وضيقا وفقا للمبدأ الذى نصدر عنه فى تحديد سيادة القانون بوجه عام ومجال تطبيقه .

وقد تطور هذا الأسلوب فى الفقه المعاصر ، فبعد أن كان قاصرا على وضع مبدأ عام يسرى بالنسبة لكافة الحالات كمبدأ الاقليمية أو الامتداد تفرع الى عدة مبادىء تتعدد بتعدد القوانين المراد تحديد مجال تطبيقها. فأصبح هناك مثلا مبدأ يحدد مقدما مجال تطبيق قانون الجنسية وآخر يحدد مقدما مجال تطبيق القانون المحلى .

وهذا الأسلوب ، سواء فى صورته القديمة أم فى صورته الحديثة، يكفل لنا اخضاع أية علاقة أو منازعة تثور فى العمل لقانون ما نظراً لأن

مجال تطبيق القانون قد تم تحديده مقدما ليشمل جميع الحالات. غير أنه يعيب هذا الأسلوب عدم حل تنازع القوانين فى ضوء معطيات العلاقة القانونية التى ثار بشأنها التنازع . فقاعدة الاسناد لا تسعى فى هذه الحالة الى الوصول الى الحل الأنسب للعلاقة محل البحث بل تأتى بحل مستمد من الفكرة المسبقة المهيمنة على تحديد مجال تطبيق القانون .

أما الأسلوب الثانى فلا يعنى بوضع مبدأ يحدد مجال تطبيق مختلف القوانين بصفة عامة أو يحدد مجال تطبيق كل قانون على حدة ، بل أنه ينطلق لحسم تنازع القوانين من ذات العلاقة التى تثير التنازع، ويختار فى ضوء معطيات هذه العلاقة أنسب القوانين لحكمها .

ولاشك أن هذا الأسلوب الأخير أقدر على الوصول الى حلول عادلة لتنازع القوانين نظرا لقيامه على معايير منضبطة تكفل ربط كل علاقة بالنظام القانونى الذى يتبين أنها أكثر اتصالا به . وقد جرت التشريعات الحديثة على اتباع هذا الأسلوب الأخير بصفة عامة فى تحديدها لقواعد الاسناد كما سنرى عند دراستنا لقواعد الاسناد الوضعية.

وقد ظهر فى الآونة الأخيرة اتجاه واضح فى المجتمع الدولى نحو منع قيام ظاهرة التنازع من أساسها بالنسبة لبعض أنواع العلاقات ذات الطابع الدولى وذلك فى مجال المعاملات الدولية التى تمس كيان المجتمع الدولى من الناحية الاقتصادية .

فقد لجأت الكثير من الدول حديثا الى عقد اتفاقات دولية تتضمن قواعد موضوعية مشتركة تحكم فئات معينة من العلاقات ذات الطابع الدولى وتكون هذه القواعد ملزمة للقضاء الداخلى فى هذه الدول . ومن أهم الأمثلة على ذلك الاتفاقات الدولية فى مجال النقل الدولى وكذلك اتفاقية لاهاى الحديثة فى أغسطس ١٩٦١ بشأن وضع قانون مرحد لعقد

البيع الدولى للمنقولات المادية ، والاتفاقية المبرمة بين دول شرق أوروبا فى يناير عام ١٩٥٨ والمعروفة باسم "الشروط العامة لتسليم السلع التجارية". واتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولى .

وقد تقوم الدولة استقلالا بوضع قواعد موضوعية فى تشريعها الداخلى لحكم العلاقات ذات الطابع الدولى ، وذلك بالاضافة الى القواعد التى تحكم العلاقات الوطنية البحتة وقد تضمن التشريع المصرى مثل هذه القواعد خلال وجود المحاكم المختلطة . ويمكن تشبيه مثل هذه القواعد بقواعد قانون الشعوب Jus gentium الذى كان سائدا فى عهد الرومان. وواضح أن هذا الأسلوب ليس فى الواقع مجرد طريق لفض مشكلة تنازع القوانين ، فهو يذهب الى أبعد من ذلك ، اذ من شأنه ، لو اشتركت جميع الدول فى اتباعه ، منع قيام ظاهرة تنازع القوانين من أساسها. فهو يقضى على السبب المؤدى لمشكلة تنازع القوانين وهو اختلاف القواعد الموضوعية من دولة الى أخرى .

# الباب الأول
# تطبيق قاعدة الاسناد

قد يخضع المشرع العلاقات ذات العنصر الأجنبى لمجموعة من القواعد الموضوعية التى يلتزم القاضى الوطنى بتطبيقها ، الا أن ذلك لا يتم الا على سبيل الاستثناء من القاعدة التى صار المشرع يأخذ بها فى الدول الحديثة ، والتى مؤداها وجوب تطبيق القانون الأكثر صلة بالعلاقة من خلال تطبيق قواعد قانونية ذات طبيعة خاصة تميزها عن غيرها من القواعد القانونية الوطنية يطلق عليها قواعد الاسناد .

وقبل أن يصل القاضى إلى تحديد القانون الواجب التطبيق ، يلزم أن يتعرف على قاعدة الاسناد المناسبة للنزاع المعروض أمامه. ذلك أن قواعد الاسناد لم توضع لحكم كل علاقة على حدة، وانما وضعت كل قاعدة لحكم طوائف معينة من العلاقات ، الأمر الذى يلزم معه وصف العلاقة المعروضة على القاضى وفقا لقواعد التكييف أو الوصف القانوني في قانون معين حتى يتسنى ادراجها ضمن الطائفة التى خصها المشرع بقاعدة اسناد .

وتلك هى المسائل التى سنعرض لها على التفصيل الآتى :

**الفصل الأول :** قاعدة الاسناد .

**الفصل الثانى :** تطبيق القاضى لقاعدة الاسناد .

# الفصل الأول

# قاعدة الاسناد

## المبحث الأول

## الخصائص المميزة لقاعدة الاسناد

يفتقد المجتمع الدولى وجود السلطة العالمية التى يمكن ان تعمل على توزيع تنظيم المسائل المتعلقة بالعلاقات الخاصة الدولية بين الأنظمة القانونية للدول المختلفة ، أو تعمل على وضع قواعد موحدة تسرى داخل تلك النظم . وبالتالى لم يكن غريبا ان تقتسم مجموع الدول تلك السلطة ، فتستأثر كل دولة بالتشريع ووضع القواعد التى تكفل التنظيم السليم ، سواء أكان ذلك بالنسبة للمنازعات الوطنية البحتة أم بالنسبة للعلاقات ذات الطابع الدولى . ويغلب أن يستخدم المشرع الوطنى فى كل دولة مجموعة من القواعد القانونية الوضعية، يطلق عليها اسم قواعد الاسناد، لحل مشكلة تزاحم القوانين بالنسبة للعلاقات ذات الطابع الأجنبى .

وتتميز هذه القواعد بمجموعة من الخصائص التى تضفى عليها طبيعة خاصة تميزها عن غيرها من القواعد القانونية الوطنية وهى :

**١ - قاعدة الاسناد قاعدة غير مباشرة :**

يقوم قانون العلاقات الخاصة الدولية على عديد من القواعد القانونية ، منها ما ينظم الجنسية ، والمركز القانونى للأجانب ، والاختصاص القضائى الدولى ، والاختصاص التشريعى الدولى أو تنازع القوانين . وبالنسبة للقواعد التى تنظم الموضوعات الثلاثة الأولى، فهى قواعد مباشرة . بمعنى أنها تتكفل باعطاء الحل المباشر للمسألة المثارة.

فمثلا بخصوص مسائل الجنسية ، اذا ثار نزاع حول تمتع شخص

معين بالجنسية الوطنية من عدمه، فيكفى لمعرفة الحل أن نرجع الى القواعد التى تنظم كيفية اكتساب الجنسية الأصلية أو الطارئة للتعرف على الشروط اللازمة للتمتع بالجنسية . ولا تقوم تلك القواعد ببيان ، أو الاحالة الى القانون الذى يتم بمقتضاه ذلك . وكذلك الحال بالنسبة لقواعد تنظيم المركز القانونى للأجانب ، فهى تبين الحقوق التى يتمتع بها الأجنبى الذى يوجد باقليم الدولة أو الالتزامات التى تقع على عاتق الذى يوجد باقليم الدولة والالتزامات التى تقع على عاتقه . فالمشرع الوطنى يبين من خلال تلك القواعد نوع تلك الحقوق والالتزامات ، ولا يتصور أن يرجع الى قانون دولة أجنبية لبيان ذلك .

ولا يختلف الأمر بالنسبة للقواعد المنظمة لحالات الاختصاص الدولى للمحاكم الوطنية فإذا ثار خلاف حول اختصاص تلك المحاكم بنظر منازعة ذات طابع دولى ، فتأتى تلك القواعد لتفصل بطريقة محددة ومباشرة مقررة الاختصاص لصالح القضاء الوطنى من عدمه . ولا يتصور أن يرجع المشرع أو القاضى الوطنى لقواعد قانون المرافعات فى دولة أجنبية ليعرف ويحدد حالات اختصاص محاكمها الوطنية .

أما عن قاعدة التنازع أو قاعدة الاسناد ، فهى قاعدة وضعية داخلية شأنها فى ذلك شأن كافة القواعد القانونية التى يضعها المشرع الداخلى الا انها قاعدة غير مباشرة .

ومقتضى الصفة الغير المباشرة لقاعدة الاسناد ، أنها لا تعطى بذاتها ولمجرد الرجوع اليها وتطبيقها حلا موضوعيا للنزاع. فهى ترشد فقط الى القانون الذى يعطى الحل النهائى والموضوعى للمسألة المثارة حول العلاقة ذى الطابع الدولى . والتحليل القانونى السليم لقاعدة الاسناد يؤكد صفتها غير المباشرة . فوظيفة القاعدة القانونية الموضوعية العادية هى اعطاء مركز واقعى معين الصفة القانونية ، وذلك عن طريق ترتيب

اثار قانونية عليه وقاعدة الاسناد تفترق عن تلك القاعدة من هذا الوجه فهى أن كانت تتناول مراكز واقعية أو روابط معينة ، فهى لا ترتب بذاتها أثرا عليها. بل كل ما تفعله هو تحديد القانون الذى يرتب أو يعترف بترتيب تلك الآثار القانونية فهى لا تعطى الحل الموضوعى بل ترشد إلى القانون الذى يتكفل باعطائه.[1]

**٢ - قاعدة الاسناد قاعدة غير محددة المضمون :**

لا تقوم قاعدة الاسناد بتحديد قانون دولة معينة بالذات لحكم العلاقة ذات الطابع الدولى. فقاعدة الاسناد تتكفل بالربط بشكل مجرد بين طائفة معينة من العلاقات أو المراكز القانونية ذات الطابع الدولى وأحد القوانين المرشحة لحكم العلاقة. فهى تنص فقط على أن العلاقة يحكمها القانون الذى يرتبط بالعنصر الاساسى فى العلاقة . فقاعدة الاسناد الخاصة بالأهلية مثلا تقتصر على تقرير مبدأ اخضاع هذه الأهلية لقانون جنسية الشخص. وبالتالى فانه اذا كان الشخص الذى ثار الخلاف بشأن اهليته فرنسى الجنسية خضعت أهليته للقانون الفرنسى، واذا كان انجليزى الجنسية خضعت اهليته للقانون الانجليزى . وكذلك الحال بالنسبة لقاعدة الاسناد الخاصة بالعلاقات المتعلقة بالعقار، اذ تقتصر على الاشارة الى تطبيق قانون موقع المال على هذه العلاقة . فاذا كان العقار كائنا فى المانيا تعين تطبيق القانون الألمانى ، واذا كان كائنا فى ايطاليا تعين تطبيق القانون الايطالى .

ومن ثم يتبين أن مضمون قاعدة الاسناد ليس بالمضمون المحدد مقدما بمعنى أن القانون الذى تقضى هذه القاعدة بتطبيقه لا يتم معرفته الا اذا كنا بصدد علاقة معينة محددة المعالم .

---

[1] انظر الدكتور أحمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٤٨ ومابعدها.

**٣ - قاعدة الاسناد قاعدة مزدوجة :**

ولا تقتصر قاعدة الاسناد على بيان حالات تطبيق القانون الوطنى. وانما تقوم أيضا ببيان الحالات التى يطبق فيها القانون الاجنبى. فعندما تقضى قاعدة الاسناد مثلا بخضوع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج فان ذلك قد يؤدى الى تطبيق القانون الوطنى اذا كان الزوج وطنيا. كما قد يؤدى الى تطبيق القانون الاجنبى اذا كان الزوج اجنبيا. وبعبارة أخرى فان قاعدة الاسناد تحمل فى طياتها مضمونا مزدوجا . والواقع أن هذا المضمون المزدوج تتطلبه وظيفة قاعدة الاسناد الوطنية بوصفها الوسيلة الفنية لفض تنازع القوانين الذى يثور بشأن نزاع مطروح أمام القاضى الوطنى . فقاعدة الاسناد لا تكون قد أدت وظيفتها كاملة. وهى تمكين القاضى الوطنى من فض المنازعات ذات الطابع الدولى، اذا هى اقتصرت على ايجاد حل للنزاع فى الحالات التى يكون فيها القانون الوطنى هو الواجب التطبيق ، اذ سيترتب على ذلك أن تكون قاعدة الاسناد عديمة الجدوى فى الحالات التى لا يكون فيها القانون الوطنى للقاضى هو الواجب التطبيق .

غير أن فريقا من الفقه قد ذهب الى وجود اقتصار القواعد المنظمة لتنازع القوانين على بيان حالات تطبيق القانون الوطنى فقط دون القانون الأجنبى . فكما أن الدولة تقتصر على تحديد الأفراد الداخلين فى جنسيها ، وتترك للدولة الأخرى مهمة الافراد المنتمين الى كل منها، كذلك فانه يتعين فى رأيهم على الدولة القيام بتحديد نطاق أو اختصاص قانونها هى دون أن تتكفل بتحديد نطاق تطبيق قوانين الدول الأجنبية اذ أن ذلك من اختصاص الدول التى تصدر منها هذه القوانين. وعلى ذلك فاذا ما طرح نزاع مشتمل على عنصر أجنبى على القاضى الوطنى فانه يعمل قواعد الاسناد الوطنية ليتبين ما اذا كان القانون الوطنى هو الواجب

التطبيق ، فاذا اتضح عدم اختصاص القانون الوطني بحكم النزاع تعين البحث عن القانون الاجنبى الذى يعطى لنفسه الاختصاص بحكم النزاع ليطبق على هذا النزاع .

وفضلا عن أن هذا الرأى يتنافى مع وظيفة قاعدة الاسناد الوطنية، كما سبق لنا تحديدها ، فانه لا يعطى لنا وسيلة لحل تنازع القوانين فى الحالة التى تعطى فيها عدة قوانين أجنبية لنفسها الاختصاص بحكم النزاع ، اذ كيف يتسنى للقاضى المفاضلة بين القوانين الاجنبية المتعددة التى تدعى لنفسها حكم النزاع اذا لم يستمد من قاعدة الاسناد الوطنية وسيلة اجراء هذه المفاضلة . وعلى ذلك يجب أن تشتمل قاعدة الاسناد على بيان حالات تطبيق القانون الاجنبى أسوة باشتمالها على بيان حالات تطبيق القانون الوطنى .

ويلاحظ أن الطبيعة المزدوجة التى لمسناها بالنسبة لقاعدة الاسناد لا تتوافر بالنسبة لسائر قواعد القانون الدولى الخاص. فاذا نظرنا الى قواعد الاختصاص وجدناها ذات شق واحد أو مفردة الجانب. فهى تقتصر على رسم حدود ولاية المحاكم الوطنية . أى بيان ما يدخل فى اختصاص هذه المحاكم من المنازعات ذات الطابع الدولى وما لا يدخل . فاذا تبين أن النزاع لا يدخل ضمن اختصاص المحاكم الوطنية فان قواعد الاختصاص الوطنية لا تقوم بتعيين المحكمة الاجنبية الواجب رفع النزاع اليها ، اذ أن ذلك يعد تدخلا غير مقبول فى تحديد اختصاص مرفق القضاء فى الدولة الأجنبية . وفضلا عن ذلك ظل هذا التدخل سيظل عديم الأثر من الناحية العملية . فالقاضى لا يأتمر الا بأوامر مشرعه الوطنى، ولا يمكن أن يخضع فيما يتعلق بتحديد اختصاصه لأية قاعدة يقضى بها مشرع أجنبى .

ولا تختلف القواعد المتعلقة بآثار الاحكام الأجنبية عن قواعد

الاختصاص القضائى فى هذا الصدد ، اذ يقتصر المشرع على تحديد آثار الحكم الأجنبى داخل اقليم دولتـه ولا يتكفل بتحديد الآثار التى يمكن ان ترتبها الأحكام الوطنية خارج هذا الاقليم . ذلك أن هذا التحديد سيكون عديم الأثر من الناحية العملية لأن كل دولة تتكفل بتحديد آثار الأحكام الأجنبية داخل اقليمها دون أن تعبأ بما قد يقضى به مشرع الدولة الأجنبية فى تحديد آثار هذه الأحكام .[١]

واذا نظرنا الى قواعد الجنسية وجدناها بدورها مفردة الجانب، اذ هى تقتصر على تحديد الشروط اللازمة لاكتساب جنسية الدولة وفقدها، ولا يمكن بحال من الاحوال أن تتعرض لبيان شروط اكتساب جنسية الدول الأخرى . فاذا قام المشرع الوطنى بتنظيم جنسية دولة أجنبية كان هذا التنظيم عديم القيمة بالنسبة للدول الأخرى لأنه ينطوى على تجاوز لحدود اختصاص هذا المشرع كما أنه يمس سيادة الدولة الأجنبية التى تملك دون غيرها سلطة تحديد من يعتبر من رعاياها .

وكذلك الحال بالنسبة لقواعد مركز الاجانب . فهى تقوم بتحديد الحقوق التى يتمتع بها الأجانب فى اقليم الدولة. ولا تعنى ببيان ما يتمتع به الوطنيون من حقوق فى اقليم دولة أجنبية ، اذ أن ذلك أمر ينفرد به مشرع كل دولة بالنسبة لاقليم دولته ولو قام المشرع بتحديد ما يتمتع به رعايا دولته لدى الدول الأجنبية من حقوق لكان عمله لغوا لا قيمة له وتجاوز لحدود اختصاصه.[٢]

---

[١] ويلاحظ ان قواعد تنفيذ الاحكام الأجنبية قد تكون بصفة استثنائية ذات طبيعة مزدوجة وذلك عندما يشترط المشرع الوطنى لتنفيذ الحكم الأجنبى فى دولته أن تكون المحكمة الاجنبية التى أصدرته مختصة وفقا لقواعد الاختصاص القضائى المعمول بها فى دولة القاضى المطلوب منه التنفيذ . ففى مثل هذه الحالة لا يلجأ القاضى الى قاعدة الاختصاص الوطنية لتحديد اختصاص محاكم دولته فحسب بل يلجأ الى هذه القاعدة أيضا لتحديد اختصاص المحكمة الأجنبية المطلوب تنفيذ حكمها فى اقليم دولته .

[٢] انظر الدكتور فؤاد رياض ، مبادىء تنازع القوانين . ط ١٩٩٦ . ص ٣١.

## المبحث الثانى

## ضابط الاسناد

**أولا : كيفية تحديد ضابط الاسناد :**

اذا كان على المشرع الوطنى ان يضع مجموعة من القواعد القانونية الداخلية التى تتكفل بالاشارة إلى كيفية اختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات الطابع الدولى ، فأن على المشرع أن يساعد على اختيار القانون الأقرب صلة بالعلاقة محل النزاع .

وهنا يثور السؤال عن كيفية التوصل الى القانون الأقرب صلة ، وكيف يمكن الربط بين العلاقة وقانون معين او ما هو المعيار الذى يتم بمقتضاه تفضيل نظام قانونى معين ليتكفل بحكم العلاقة .

اسلفنا فيما سبق أن كل علاقة من العلاقات القانونية يمكن ردها إلى عناصر ثلاثة هى اطرافها ومحلها والسبب المنشىء لها، ومن البديهى أن يستمد المعيار او الضابط الذى يتم بمقتضاه تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة من صلة من الصلات التى تتصل بأحد هذه العناصر . ولاشك فى أن أهمية كل من هذه العناصر ستختلف بأختلاف نوع العلاقة محل البحث . ومن ثم يكون من الضرورى تحديد العنصر الأكثر أهمية أو الذى يشكل مركز الثقل فى العلاقة القانونية ، ليستمد منه المعيار الذى يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتصلة بعناصر العلاقة المختلفة .

فأذا نظرنا إلى علاقات الاحوال الشخصية كالزواج والطلاق والنسب والميراث ، لوجدنا أن عنصر الاطراف هو العنصر الأكثر اهمية او هو مركز الثقل فى العلاقة القانونية لاتصالها بأشخاصها ومن ثم يتعين ايجاد صلة من الأوصاف المميزة للأشخاص الطبيعية والمعنوية

لاتخاذها كمعيار أو ضابط يستخدم لتفضيل قانون على آخر من بين القوانين المتصلة بالعلاقة .

وطبيعى الا تستمد هذه الصلة من الوان الاشخاص او اطوالهم أو قدرتهم المالية وغير ذلك من عناصر الحالة ، وانما يتعين أن تستمد من من أوصاف قانونية عامة كالجنسية والموطن ومحل الاقامة .

واذا تبين ان العنصر الرئيسى للعلاقة هو عنصر الموضوع ، كما هو الحال مثلا فى مجال الحقوق العينية ، تعين البحث عن ضابط متصل بهذا العنصر كضابط موقع المال .

واذا كان عنصر السبب هو مركز الثقل فى العلاقة القانونية. كما هو الحال فى مجال التصرفات القانونية. تعين البحث عن ضابط متصل بهذا العنصر . كضابط ارادة المتعاقدين بالنسبة للعقد أو ضابط محل وقوع الفعل بالنسبة للمسئولية التقصيرية .

والواقع أن اختيار الضابط المتصل بالعنصر الرئيسى فى العلاقة القانونية يكفل لها أكبر قسط من الفاعلية فى المجال الدولى. فهو من ناحية يؤدى الى استمرار المعاملات الدولية بدخول رعايا كل دولة فى علاقات تتعدى حدود اقليم دولتهم دون أن يخشوا تطبيق قانون غير متوقع على العلاقة . وهو من جهة أخرى يكفل للعلاقة انتاج آثارها. ليس فقط داخل اقليم الدولة التى تم اختيار قانونها لحكم العلاقة . بل كذلك لدى الدول الأخرى التى تمتد اليها آثار العلاقة اذ أن اتصال قوانين هذه الدول بالعلاقة القانونية لن يكون من الأهمية بحيث يترتب على عدم الاعتداد به المساس بالسيادة التشريعية لهذه الدول .

غير أنه وان كانت ضوابط الاسناد تتحدد أساسا وفقا للعنصر الرئيسى فى العلاقة القانونية الا أن هذا لا يعنى تجرد هذه الضوابط من

الأهداف التى قد تمليها مصالح الدولة الأساسية وواقعها الاجتماعى. ويبرز الدور الذى تلعبه هذه الاعتبارات بصفة خاصة عند تحديد ضابط الاسناد الخاص بطائفة معينة من العلاقات والمراكز القانونية هى الطائفة المتعلقة بالاحوال الشخصية. فبالرغم من استقرار مختلف التشريعات على وجوب الاخذ فى هذا المجال بضوابط اسناد مستمدة من عنصر أطراف العلاقة. أى الافراد ، فان هذه التشريعات تختلف فيما بينها حول تحديد أوثق رابطة تربط الفرد بنظام قانونى معين ، هل هى رابطة انتماء الفرد بجنسيته الى الدولة أم هى رابطة اتصال الفرد باقليم الدولة عن طريق توطنه به .

ومن المشاهد ان تشريعات الدول المصدرة للسكان ، أى الدول التى تكثر هجرة السكان منها الى الخارج . تفضل الأخذ بضابط الجنسية فى تحديد القانون الذى يحكم مسائل الأحوال الشخصية . ذلك أن استمرار رعايا الدولة فى الخضوع لقانونها بالرغم من وجودهم خارج اقليم هذه الدولة يبقى على الرابطة الروحية التى تربط الأفراد المستقرين بالخارج بدولتهم . وعلى العكس من ذلك فان الدول المستوردة للسكان. أى التى تكثر هجرة الاجانب الى اقليمها ، تأخذ عادة بضابط الموطن فى تحديد القانون الذى يحكم مسائل الأحوال الشخصية . اذ أن الأخذ بهذا الضابط من شأنه أخضاع هذه المسائل للقانون الوطنى بالنسبة لكل الاجانب الذين توطنوا باقليم الدولة ، وفى ذلك ما يساعد على اندماج هؤلاء الاجانب فى مجتمع الدولة. أما ضابط الجنسية فان الأخذ به فى الدول المستوردة للسكان قد يحد من مجال تطبيق القانون الوطنى داخل اقليم الدولة بشكل غير مقبول نظرا لأنه سيؤدى الى اخضاع كافة الأجانب المستقرين بها لقوانين الدول الأجنبية التى ينتمون اليها بجنسيتهم .

والغالب أن تتضمن قاعدة الاسناد ضابطا واحدا يتحدد بمقتضاه

القانون الواجب التطبيق على المنازعة . غير أنه قد يحدث أحيانا أن تتضمن قاعدة الاسناد الواحدة أكثر من ضابط . وقد يكون الهدف من ذلك اخضاع العلاقة القانونية الى عدة قوانين فى نفس الوقت نظرا لأهمية الصلة التى تربط هذه القوانين جميعها بالعلاقة . ويعرف ذلك بالتطبيق الجامع Application cumulative . وقد يهدف المشرع من وراء اختيار أكثر من ضابط اسناد امكان تطبيق أى من القوانين المتصلة بالعلاقة لتساوى هذه القوانين فى صلتها بالعلاقة القانونية . ويمكن تسمية ذلك بالتطبيق الاختيارى . كذلك قد يقصد المشرع بالنص على أكثر من ضابط الأخذ بصفة أصلية بالقانون الأكثر صلة بالعلاقة فان لم يتيسر اعمال هذا الضابط الأصلى تعين أعمال ضابط احتياطى للتوصل الى تطبيق القانون الذى يلى القانون الأول من حيث قوة الارتباط بالعلاقة.

**ثانيا : كيفية أعمال ضابط الاسناد :**

لما كان تحديد ضابط الاسناد يتم وفقا للعنصر الرئيسى للعلاقة ، فان أعمال هذا الضابط يجب ألا يتقيد بالنتيجة التى ستترتب على هذه الاعمال. وبعبارة أخرى فان اعمال ضابط الاسناد لا يتقيد بكون الدولة الذى يشير الى تطبيق قانونها هى دولة القاضى أم دولة أجنبية .

فلو قررنا مثلا الأخذ بضابط الجنسية بالنسبة لطائفة معينة من العلاقات ، تعين أعمال هذا الضابط بشكل مطلق دون نظر الى النتيجة التى ستترتب على اعماله ، أى سواء أدى ذلك الى تطبيق القانون الوطنى اى قانون القاضى أم أدى الى تطبيق قانون أجنبى .

غير أنه من المشاهد أتجاه بعض الدول أحيانا الى الخروج عن هذا الأصل .

ومن الأمثلة الهامة على ذلك ما قضى به المشرع المصرى فى

المادة ١٤ من القانون المدنى من وجوب تطبيق القانون المصرى فى المسائل المتعلقة بالزواج اذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج. وذلك استثناء من القاعدة العامة التى نص عليها فى هذا الصدد.[١]

**تفسير ضابط الاسناد :**

ولما كان تفسير قاعدة الاسناد الوطنية يخضع لقانون القاضى فانه يتعين كذلك تحديد مفهوم ضابط الاسناد كذلك وفقا لهذا القانون باعتبار هذا الضابط شق من قاعدة الاسناد . فاذا أخذت قاعدة الاسناد مثلا بضابط الجنسية فى تحديد القانون الواجب التطبيق تعين تحديد مفهوم الجنسية وفقا لقانون القاضى واذا أخذت قاعدة الاسناد بضابط الموطن تعين البحث عن مفهوم الموطن فى قانون القاضى كذلك .

**التحديد الزمنى لوقت أعمال ضابط الاسناد :**

ليس بكاف أن تتضمن قاعدة الاسناد ضابطا يشير الى القانون الواجب التطبيق ، بل يتعين أيضا تحديد اللحظة التى يجب فيها اعمال هذا الضابط . ذلك أن العلاقات القانونية التى تتكفل بتنظيمها قواعد الاسناد قد تمتد خلال فترة معينة من الزمن ، وقد يطرأ على ضابط الاسناد تغيرات عديدة خلال هذه الفترة . ومن ثم يتعين تحديد وقتا معينا دون غيره يعتد فيه بالضابط الذى تقرر أعماله . فاذا نصت قاعدة الاسناد مثلا على الاعتداد بالجنسية كضابط لتحديد القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج أو أخذت بضابط موقع المال فى تحديد القانون الذى يحكم آثار الزواج أو أخذت بضابط موقع المال فى تحديد القانون الذى يحكم اكتساب ملكية منقولة . فانه لن يتسنى اعمال الضابط الذى نصت عليه القاعدة الا اذا قيده المشرع بلحظة زمنية معينة . فالزوج قد

[١] ولم يستثنى المشرع من تطبيق القانون المصرى فى هذه الحالة الا شرط الاهلية للزواج على النحو الذى سنبيه بالتفصيل عند الكلام عن قواعد الاسناد بشأن الزواج .

يغير جنسيته كما أن المال قد ينتقل من مكان الى آخر . ومن ثم يتعين بيان ما اذا كان المقصود بضابط الجنسية هو جنسية الزوج وقت ابرام الزواج أم جنسيته بعد هذا الابرام . كما يتعين بيان ما اذا كان المقصود بضابط موقع المال هو موقع المال وقت نشوء الحق عليه أم موقعه بعد نشوء هذا الحق .

**ثالثا : رقابة محكمة النقض على اعمال ضابط الاسناد :**

من المسلم به أن الخطأ فى أعمال ضابط الاسناد يعتبر خطأ فى مسألة قانونية ويخضع بالتالى لرقابة محكمة النقض . وقد يكون الخطأ في ماهية ضابط الاسناد ، كما لو أعمل القاضي ضابط محل الابرام بشأن نزاع متعلق بالتزام تعاقدى فى حين أنه كان يتعين عليه اعمال ارادة المتعاقدين الصريحة وكانت هذه الارادة واضحة فى العقد، فمثل هذا الخطأ يخضع لرقابة محكمة النقض. وقد يقع الخطأ فى تحديد مدلول ضابط الاسناد ، كما لو كان ضابط الاسناد هو محل وقوع الفعل الضار فأعتد القاضى بمحل حدوث الضرر فى حين أن قانونه يقضى بوجوب الاعتداد بمحل وقوع الخطأ. ففى هذه الحالة يكون الحكم خاضعا لرقابة محكمة النقض كذلك لتعلقه بتفسير القاعدة القانونية .

أما اذا انصب الخطأ على تطبيق ضابط الاسناد على وقائع الدعوى كما لو أعمل القاضى ضابط الموطن ولكنه أخطأ فى تحديد هذا الموطن من الناحية الواقعية . فاعتبر موطن الخصوم فى دولة غير تلك التى تم لهما الاستقرار فيها فعلا ، فان ذلك يعد خطأ فى تقدير الوقائع ومن ثم لا يخضع لرقابة محكمة النقض .[1]

---

[1] انظر فى تفاصيل ذلك الدكتور محمد كمال فهمى : رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبى منشور فى مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٦٣ (العدد الثالث) ص ٢١ ومابعدها.

# الفصل الثانى

## تطبيق لقاعدة الاسناد

اذا عرض على القاضى الوطنى نزاعا مجرداً من أى عنصر دولى، أى نزاعا وطنيا بحتاً وجب على القاضى الفصل فيه ، ورد الاعتداء عن الحق أو المركز القانونى المدعى به ، بتطبيق الجزاء الذى تتضمنه القاعدة القانونية التى تحكمه .

ولا يثور خلاف ذا بال ، بشأن صفة الالزام فى القواعد المنظمة لمسائل الجنسية والمركز القانونى للاجانب ، وللاختصاص القضائى الدولى للمحاكم الوطنية . فهناك اجماع على تعلق تلك القواعد بالنظام العام، وبالتالى ضرورة احترامها .

ولكن الخلاف الحقيقى قد ظهر بصدد قواعد تنازع القوانين أى قواعد الاسناد . ففى المنازعات الوطنية الخالية من العنصر الأجنبى يلتزم القاضى بتطبيق قواعد قانونه عليها . ولا يمكنه التنصل من ذلك ، ولا يسوغ له التهرب من ذلك التطبيق . أما فى المنازعات ذات الصفة الأجنبية ، فالأمر جد مختلف . فهناك مشكلة "إختيار" القانون الواجب التطبيق. فاذا إدعى احد الخصوم اختصاص قانون اجنبى معين بحكم النزاع ، وأدعى آخر اختصاص قانون أجنبى آخر فلا يستطيع القاضى أن يفصل فى هذا الادعاء الا بالرجوع الى الطريقة الفنية التى وضعها المشرع لمثل هذه المنازعات ، وهى قاعدة الاسناد .

وهنا يثور السؤال هل يلتزم القاضى بتطبيق قاعدة الاسناد أم يستبعدها ليطبق أحكام قانونه الموضوعية ؟

واذا ما فرض أن القاضى ملزم بتطبيق قواعد الاسناد المقررة فى قانونه الوطنى فترى أى قواعد الاسناد سيطبق من القواعد التى ورد

النص عليها فى نظامه القانونى . تلك هى المشكلة التى يطلق عليـها فقـه القـانون الدولـى الخـاص، اصطـلاح التكييـف أو الوصـف القـانونى Classification التى تثير التسـاؤل عن القـانون الواجـب التطبيـق علـى مسألة الوصف القانونى .

وسوف نتناول الاجابة عن هذين السؤالين فى المبحثين التاليين:

## المبحث الأول

## مدى التزام القاضى بتطبيق قاعدة الاسناد الوطنية

يتطلب فض المنازعات المشتملة على عنصر أجنبـى - كمـا سبق لنا البيـان - تطبيـق قـاعدة الاسـناد للتوصـل الـى تحديـد القـانون الواجـب التطبيق على العلاقة .

غير أنه من الملاحظ أن الخصوم كثيرا ما يتجاهلون الاشـارة فـى دعواهم أمام القضاء الى قـاعدة الاسـناد التـى تحكـم منازعتـهم . ويرجـع ذلك الى العديد من الأسباب ، فقد يجهل أطراف النزاع وجود مثـل هـذه القاعدة ، وقد يجهلون مضمون القانون الأجنبى الذى تشير بتطبيقه قاعدة الاسناد. وبالتالى يفضلون عدم الاستناد الى قاعدة الاسناد نظرا الـى أنـها ستؤدى الـى تطبيـق قـانون يجهلونـه . كذلـك قـد يتعمـد الخصـوم أغفـال التمسك بقاعدة الاسناد اذا ما تبين لهم أن اعمالها من شأنه تطبيـق قـانون لا يرغبـون الخضـوع لأحكامـه . فـإذا أراد ايطاليـان أو أسـبانيان مثـلا الحصول على حكم بالتطليق من القضاء المصـرى فانـهما يتعمـدان عـدم الأشارة فى الدعوى الـى قـاعدة الاسـناد المصريـة التـى تقضـى بتطبيـق قـانون جنسية الـزوج ، أى تطبيـق القـانون الايطـالى أو الأسـبانى نظـرا لتشددهما البالغ بالنسبة لفصم رابطـة الزوجية .

**ويثور السؤال عن موقف القاضى الوطنى عند عدم تمسك الخصوم باعمال قاعدة الاسناد : هل يتعين عليه حينئذ اهمال هذه القاعدة بدوره أم أنه على العكس من ذلك يلتزم بتطبيقها من تلقاء نفسه؟؟**

وسوف نتناول هذه المسألة من وجهة نظر الاتجاهات الفقهية والقضائية على النحو الآتى :

**أولا : الاتجاهات القضائية والتشريعية :**

باستعراض ما ذهب اليه القضاء فى بعض النظم القانونية الرئيسية يتضح لنا وجود اتجاهات ثلاثة :

**الاتجاه الأول : عدم جواز تطبيق القاضى لقاعدة الاسناد من تلقاء نفسه (النظام الانجليزى) :**

لا يوجد فى النظام القانونى الانجليزى ما يلزم القاضى صراحة بالامتناع عن تطبيق قاعدة الاسناد من تلقاء نفسه فى المنازعات المشتملة على عنصر أجنبى . غير أن القضاء لجأ الى حيلة قانونية من شأنها من الناحية العملية منع القاضى من تطبيق قاعدة الاسناد تلقائيا. اذ افترض تطابق أحكام القانون الأجنبى تطابقا كاملا مع أحكام القانون الانجليزى . وعلى ذلك فانه يتعين على القاضى الانجليزى أن يقوم بتطبيق احكام القانون الانجليزى الموضوعية على كافة ما يعرض عليه من منازعات مشتملة على عنصر أجنبى مالم يثبت الخصوم المضمون الحقيقى عليها بالقانون الاجنبى ، التى تشير بتطبيقه قاعدة الاسناد المنصوص عليها بالقانون الانجليزى ، ويقيمون الدليل على أن أحكامه تختلف عن أحكام القانون الانجليزى . لذلك استقر القضاء الانجليزى على اهمال قاعدة الاسناد الانجليزية من الناحية الفعلية وتطبيق أحكام القانون الانجليزى الموضوعية فى جميع المنازعات التى لم يستطع فيها الخصوم اقامة

الدليل علـى اختـلاف احكـام القـانونى الأجنبـى عـن أحكـام القـانون الانجليزى.

**الاتجاه الثانى : جواز تطبيق القاضى لقـاعدة الاسـناد مـن تلقـاء نفسـه دون التزامه بذلك (النظام الفرنسى):**

يستفاد من الأحكام الحديثـة لمحكمـة النقـض الفرنسـية أن القضـاء الفرنسى لا يعتبر القاضى ملزما بتطبيـق قـاعدة الاسـناد مـن تلقـاء نفسـه ولكنه لا يحرمه فى الوقت ذاته من هذا الحق لو أراد هو ذلك .

ففى حكم صادر لمحكمة النقض الفرنسية فى ٢ مارس ١٩٦٠[١]. قررت المحكمة أنه "يسوغ لقضاة الموضوع أن يطبقوا القـانون الأجنبـى من تلقاء أنفسهم حتى ولو لم يكن ذلك فى أمر يمس النظام العام".

غير أنه فى الوقت ذاته ذهبت محكمة النقـض الفرنسـية فـى حكـم آخر لها الى أن "قواعد الاسناد الفرنسية لا تتعلق بالنظام العام على الأقل حين تشير باختصاص القانون الأجنبى ، بمعنى أن على الخصوم التمسك بتطبيق هذا القانون . وعلى ذلك فـلا ينعـى علـى قضـاة الموضـوع عدم تطبيقهم للقانون الأجنبى من تلقاء أنفسهم"[٢].

وهو الاتجاه الذى رددتـه أحـدث أحكـام محكمـة النقض الفرنسـية الصادرة حتى عام ١٩٨٨ .

---

[١] منشور فى مجلة Cluent سنة ١٩٦١ صفحة ٤٠٨ مع تعليق للأستاذ Goldman . وانظـر كذلك حكم محكمة استئناف باريس فى ٦ أبريل سنة ١٩٦٢ منشـور فـى Revue Critique سنة ١٩٦٣ صفحة ٣٦٤ مع تعليق للأستاذ Batiffol وقد استخلص الاستاذ باتيفول من هذه الأحكام أنه اذا تعلقت قاعدة الاسناد بمواد تعـد مـن النظـام العـام فـى القـانون الداخلـى فـان القاضى يلتزم باعمالها من تلقاء نفسه حتى ولو لـم يتمسـك بـها الافراد لان قـاعدة الاسـناد تكون بدورها متعلقة بالنظام العام فى هذه الحالة .

[٢] منشور فى Recueil Dalloz سنة ١٩٦٠ صفحة ٦١٠ (مع تعليق للأستاذ Malaurie.

ويترتب على كون القاضى الفرنسى غير ملزم بتطبيق قاعدة الاسناد من تلقاء نفسه عدم جواز تمسك الافراد بتطبيق قاعدة الاسناد لأول مرة أمام محكمة النقض وقد استقرت احكام محكمة النقض الفرنسة على هذا المعنى . ذلك أنه من المسلم به فى النظام الفرنسى عدم جواز أبداء طلبات أو أوجه دفاع لأول مرة أمام محكمة النقض.[١]

**الاتجاه الثالث : التزام القاضى بتطبيق قاعدة الاسناد من تلقاء نفسه (النظام الالمانى):**

استقر القضاء الألمانى منذ أواخر القرن الماضى[٢] على التزام. القاضى بتطبيق قاعدة الاسناد من تلقاء نفسه، أى حتى ولو لم يتمسك بها الخصوم. ويترتب على ذلك أنه فى جميع المنازعات المشتملة على عنصر أجنبى يلتزم القاضى بتطبيق قاعدة الاسناد، ولا يجوز له التخلص من هذا الالتزام حتى ولو كان الحل النهائى للنزاع الذى سيؤدى إليه تطبيق القانون الوطنى ، مطابقا للحل الذى سيؤدى اليه تطبيق القانون الأجنبى الواجب التطبيق على النزاع وفقا لقاعدة الاسناد .

وقد اضطردت أحكام القضاء الالمانى على أنه يجوز التمسك بتطبيق قاعدة الاسناد لأول مرة أمام المحكمة العليا، باعتبار أن ذلك مجرد ابداء لحجة قانونية . والمحكمة العليا فى النظام الالمانى تملك تصحيح الأخطاء القانونية. كذلك يكون حكم محكمة الموضوع معيبا

---

[١] وقد بررت بعض الاحكام عدم امكان التمسك بقاعدة الاسناد لأول مرة امام محكمة النقض بحجة مقتضاها أن هذا التمسك يعتبر وجه دفاع يختلط فيه الواقع بالقانون Melagne de fait et de droit ومن ثم لا يجوز ابداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض . انظر حكم محكمة النقض الفرنسية الصادرة فى ١١ يوليو سنة ١٩٦١ منشور فى Revue Critique سنة ١٩٦٢ صفحة ١٢٤.

[٢] انظر حكم محكمة الرايخ الالمانى الصادر فى ٣٠ يناير سنة ١٨٨٩ منشور فى :
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
السنة الثالثة والعشرين ص ٣٣.

ومسوغا للطعن أمـام المحكمـة العليـا اذا مـا تـهرب القـاضى مـن أعمـال قاعدة الاسناد .

وقد اتجه المشرع فى النمسا إلى الأخذ بـذات الاتجـاه فـى القـانون الدولى الخاص المعمـول بـه مـن أول ينـاير ١٩٧٩ حيث الـزم القـاضى الوطنى بتطبيق قاعدة الاسناد من تلقاء نفسه .

**موقف القضاء المصرى :**

لم يتصدى القضـاء المصرى لبحث مدى الـتزام القـاضى بتطبيـق قواعد الاسناد بصورة عامة . غير أن محكمة النقض تعرضت فـى حكـم لها[١] لمدى القوة الالزامية لقاعدة الاسناد الواردة بنـص المـادة /١٤ مـن القانون المدنى المصرى ، واتجهت إلى ان "نص المـادة ١٤ نـص آمـر يتعلق بالنظام العام يسرى بأثر فورى".

وقد اتجه فريق من الفقـه[٢] فـى تفسير هـذا الحكـم إلـى أنـه "مـن المسلم به حسب الاتجاه السائد الآن ان القاضى ملزم بأن يقـوم مـن تلقـاء نفسه ودون توقف على تمسك الخصوم ، بأعمال قـاعدة الاسـناد الـواردة فى قانونه الوطنى".

الا أن جانبا آخر من الفقـه[٣] مـا يـزال يـرى أنـه مـن العسـير ان نستخلص من هذا الحكم اتجاهاً واضحاً نظراً لعدم ذكر الحكم للأسـاس الذى بنت عليه المحكمة اعتبار نص المادة /١٤ نصاً آمراً متعلقاً بالنظـام العام .

---

(١) حكم نقض ١٩٦٠/١١/١٧ مج النقض المدنى. السنة ١١ رقم ٩١ ص ٥٨٣.

(٢) انظر الاستاذ الدكتور عز الدين عبد الله . القانون الدولى الخاص . الطبعة الرابعـة . جـ٢ ص ٥١٢ والدكتور حامد زكى ، أصول القانون الدولى الخاص المصرى . الطبعة الرابعة ص ١٠١ . واستاذنا الدكتور هشام صادق . مركز القانون الاجنبى أمام القاضى الوطنى . رسالة دكتوراة . ص ١٤٧.

(٣) أنظر الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق، ص ٤٩ ومابعدها.

فضلا عن أن المحكمة لم توضح ما اذا كان هذا الوصف مرجعه اعتبار جميع قواعد الاسناد من القواعد الآمرة أم أن هذا الوصف يرجع إلى اعتبارات تتعلق بحكم المادة /١٤ ذاته .

**ثانيا : الاتجاهات الفقهية :**

يتجاهل الفقه فى الغالب من الأحيان بحث مشكلة التزام القاضى بتطبيق قاعدة الاسناد فى ذاتها ، أو يتناول المشكلة أحيانا بطريقة عرضية وهو بصدد بحث مشكلة التزام القاضى بتطبيق القانون الأجنبى والتعرف على مضمونه .

وقد تشعب رأى الفقه بشأن مدى التزام القاضى بتطبيق القانون الأجنبى ما بين منكر ومؤيد ، كما اختلف الفريق الأخير فيما بينهم حول اساس القوة الالزامية لقاعدة الأسناد ، مما أدى إلى أنقسامهم كذلك بشأن الحالات التى يلتزم فيها القاضى بأعمال قاعدة الاسناد .

فذهب فريق من الفقه الى أن القوة الالزامية لقواعد الاسناد تستمد أساسها من وظيفة قاعدة الاسناد . فتنازع القوانين هو فى حقيقته تنازع بين السيادات . وقواعد الاسناد هى التى تتكفل بحسم هذا التنازع . ومن ثم يجب على القاضى تطبيق هذه القواعد من تلقاء نفسه فى جميع الحالات لأن مخالفته لها تنطوى على انتهاك لسيادة دولته التشريعية وسيادة الدول الأخرى . كما يجوز للخصوم التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض .

ويرى فريق آخر أن مناط القوة الالزامية لقاعدة الاسناد ينبع من تعلقها بالنظام العام ، وان معيار تعلق القاعدة بالنظام العام هو ما اذا كانت تتعلق بأحدى المسائل التى تأخذ هذا الطابع فى اطار القانون الداخلى، والتى لا يجوز للافراد استبعاد احكام القانون المنظمة لها.

ويترتب على ذلك ان القاضى لا يلتزم بتطبيق قاعدة الاسناد الا اذا تعلقت هذه القاعدة بمسألة تعد من النظام العام فى النظام القانونى الداخلى[١].

ويذهب فريق ثالث الى أن أساس القوة الالزامية لقاعدة الاسناد ينبع من كونها من القانون الوطنى ، فالقاضى الوطنى يلتزم بتطبيق جميع القواعد الوطنية من تلقاء نفسه ، بما فيها من قواعد الاسناد .

غير أنه من المعلوم أن التزام القاضى بتطبيق القواعد الوطنية يختلف مداه وفقا لكون هذه القواعد آمرة أم مفسر . فهو يلتزم بتطبيق القواعد الآمرة فى قانونه فى جميع الحالات . أما القواعد المفسرة فانه يجوز للأفراد استبعادها صراحة. وانطلاقا من هذه المسلمة يمكن القول أن القاضى ملزم دائما بتطبيق قاعدة الاسناد، غير أنه يجوز فى الوقت ذاته للأفراد استبعاد قاعدة الاسناد اذا كانت تدخل فى نطاق القواعد المفسرة.

ويرى فريق رابع أن القوة الالزامية لقاعدة الاسناد يجب أن تستمد من الأساس الذى تقوم عليه القاعدة .

---

(١) انظر باتيفول فى مؤلفه
**Traite elementaire** de droit international prive, 3. Ed. P. 391 et 404.
وتعليقه على حكم لمحكمة النقض الفرنسية منشور فى المجلة الانتقادية **للقانون الدولى** الخاص . سنة ١٩٦٠ ص ٦٢. والدكتور هشام صادق . المرجع السابق . ص ١٣٦.

فقواعد الاسناد انما وجدت فى رأيهم لتحقيق أكبر قسط من العدالة للأفراد فى منازعاتهم ذات الطابع الدولى. وعلى ذلك فانه يتعين على القاضى تطبيق قاعدة الاسناد فى جميع الحالات للوصول الى أكثر الحلول عدالة .

والحقيقة اننا نميل الى الأخذ برأى فى الفقه المصرى الحديث يتجه الى أن الاسناد يجب أن يحكمه الهدف من قواعد الاسناد . وأنه لا يمكن القول فى الوضع الراهن لحياة الجماعة الدولية . بأن قواعد الاسناد انها تهدف الى مجاملة الدول الأجنبية عن طريق السماح بتطبيق القاضى الوطنى لقوانينها مما يجوز معه تصور عدم التزام القاضى بأعمال هذه القواعد . وانه من العسير القول بأن الهدف من قواعد الاسناد هو تحقيق العدالة فى علاقات الأفراد ذات الطابع الدولى كما يرى البعض أو تحقيق مصالحهم على أفضل وجه كما يرى البعض الآخر . فالهدف الحقيقى لقواعد الاسناد هو تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة ولتحقيق هذا التعايش يقوم المشرع الوطنى بوضع القواعد الكفيلة بتحديد مجال تطبيق مختلف النظم القانونية أو بعبارة أبسط تحديد المجال الحيوى لكل من هذه النظم ، فيترك لكل نظام قانونى حكم المسائل التى يرى أنها وثيقة الصلة به والتى يقدر ضرورة خضوعها لهذا النظام حتى لا تختل حياة الجماعة الدولية ، وذلك دون اخلال بمصالح الدولة الأساسية ومقتضيات واقعها الاجتماعى. ومن ثم فمن غير المقبول السماح للافراد بالاتفاق على استبعاد تطبيق قواعد الاسناد ، نظرا لأن الهدف من هذه القواعد ليس تحقيق مصالح الافراد الخاصة وانما هو كفالة قيام كل نظام قانونى بحكم المسائل الوثيقة الصلة به والتى هو أقدر من غيره على حكمها ، وذلك فى تقدير النظام القانونى فى دولة القاضى.

وعلى ذلك فان القاضى المصرى فى رأينا يلتزم من تلقاء نفسه باعمال قواعد الاسناد وذلك سواء تمسك الخصوم بهذه القواعد أم لم يتمسكوا.[١]

ولا يختلف الأمر فى حالة عدم وجود قاعدة اسناد تشريعية فالقاضى يتعين عليه حينئذ وفقا لنص المادة ٢٤ من القانون المدنى استخلاص هذه القاعدة من مبادىء القانون الدولى الخاص[٢]. فعبء البحث عن قاعدة الاسناد يقع فى هذه الحالة أيضا على عاتق القاضى ولكن ليس هناك ما يحول دون استعانته بالخصوم لاستخلاص قاعدة الاسناد التى تقضى بها مبادىء القانون الدولى الخاص. وهذا البحث وان كان لا يقع أصلا على عاتق الخصوم فان مصلحتهم فى الدعوى كثيرا ما تفرض عليهم معاونة القاضى فى البحث عن القاعدة القانونية التى تحكم النزاع.

وغنى عن البيان أن أعمال القاضى لقواعد الاسناد يخضع لرقابة

---

[١] أنظر فى هذا الرأى الدكتور فؤاد رياض. المرجع السابق ص ٥٥. والدكتور عز الدين عبد الله. القانون الدولى الخاص (الطبعة السادسة) ص ٥٧٨. ويرى الدكتور محمد كمال فهمى أن القاضى يلتزم باعمال قاعدة الاسناد تلقائيا "لأنها تصدر عن اعتبارات خاصة تتعلق بساسية التشريع.. وبوجه عام يمكن أن يقال أن شتى الاعتبارات التى يعتد بها الشارع عند سنه لقواعد الاسناد تتصل بسياسة التشريع وهذا أمر يدخل فى صميم فكرة النظام العام" أنظر بحثه فى رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الاجنبى منشور فى مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٦٣ (العدد الثالث) ص ٤٧ و ص ٥٢. ويميل الدكتور هشام صادق الى الاخذ بهذا الرأى اذ يقرر ان قاعدة الاسناد تلزم القاضى الوطنى لأنها "تهدف الى تطبيق أنسب القوانين لحكم المسألة المعروضة وفقا للسياسة التشريعية التى يرمى الشارع الوطنى الى تحقيقها وتلك اعتبارات تمس بالضرورة صميم النظام العام" أنظر مؤلفه فى تنازع القوانين (الطبعة الثانية) ص ٢٢٧ ورسالته فى مركز القانون الأجنبى الوطنى ص ١٤٥. والدكتور احمد عبد الكريم. المرجع السابق. ص ٥١.

[٢] تقضى المادة ٢٤ من القانون المدنى المصرى بأنه "تتبع فيما لم يرد فى شأنه نص فى المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادىء القانون الدولى الخاص". فى شرح هذه المسألة. أنظر بصفة عامة الدكتورة سامية راشد. دور المادة ٢٤ مدنى فى حل مشكلات تنازع القوانين. طبعة ١٩٨٧.

محكمة النقض . فاذا أغفل القاضى تطبيق قاعدة الاسناد كان حكمه موجبا للنقض . ولا يجوز الاحتجاج فى هذا الصدد بأن الخصوم لم يتمسكوا بتطبيق القاعدة أو اتفقوا صراحة على مخالفتها. اذ أن هذه القواعد جميعها من قبيل القواعد الآمرة التى لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها .

## المبحث الثانى

## مشكلة التكييف القانونى

**تحديد الأوصاف القانونية للعلاقات ذات الطابع الدولى :**

جرت النظم القانونية ، على تنظيم العلاقات ذات الطابع الدولى عن طريق قواعد اسناد تتكفل باختيار أنسب القوانين لحكم المسألة ذات الطابع الدولى.

الا أنه ورغم تعدد وتنوع هذه العلاقات فقد نظمها المشرع فى عدد قليل من النصوص القانونية . فكيف يوفق المشرع ما بين الوقائع التى لا تستجيب للحصر والنصوص القانونية القليلة التى نجدها فى كل تشريع وطنى بشأن تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبى .

لجأ المشرع ، فى سبيل بسط نطاق هذه النصوص وتسهيل تطبيقها الى توزيع وقائع الحياة الخاصة الدولية المتشعبة على تقسيمات وطوائف ، يطلق عليها الطوائف القانونية للإسناد ، وخص كل طائفة منها بقاعدة اسناد متميزة تنطبق عليها دون ما عداها . فهناك مثلا طائفة مسائل الحالة المدنية للاشخاص وأهليتهم ، وطائفة الشروط الموضوعية للزواج، وطائفة النظم الخاصة بحماية عديمى الاهلية أو ناقصيها ، وطائفة المواريث والوصايا وطائفة العقود الدولية .

وأدراج العلاقة المعروضة على القاضى ضمن نطاق أى من هذه الطوائف يحتاج من القاضى القيام بعملية فنية تستهدف تحديد الوصف القانونى للمسألة التى تثيرها وقائع المنازعة ذات الطابع الدولى . ذلك أن المراكز الواقعية للافراد لا ترتب اثرا الا اذا تناولها القانون بالتنظيم لتتحول إلى مراكز قانونية . فترى أى من القوانين يمكن للقاضى تطبيقه اثناء قيامه بهذا العمل الفنى ؟.

لما كانت الدول تختلف فيما بينها بشأن تحديد الأوصاف القانونية للمسائل المختلفة ، كما تختلف فى تحديد الطوائف التى يمكن رد هذه المسائل اليها. فأن النزاع ذى الطابع الدولى ، كما يثير تنازعاً بين القوانين حول القانون الواجب التطبيق للفصل فى النزاع ، فانه يثير ايضا تنازعا بين هذه القوانين حول القانون الذى يتعين ان يتحدد بمقتضاه الوصف القانونى لهذه المسألة والذى يتم عن طريقه رد المسألة إلى طائفة قانونية معينة خصها المشرع بقاعدة اسناد .

## المطلب الأول

## القانون الواجب التطبيق على التكييف

يمكن التمييز بين ثلاث نظريات فقهية فى هذه المسألة سنعرض لها على النحو الآتي :

**١ - النظرية الأولى :**

**تطبيق قانون القاضى** :أول من أتى بنظرية متكاملة تقوم على مبدأ الرجوع الى قانون القاضى المطروح عليه النزاع لتحديد طبيعة العلاقة هو الفقيه بارتان . وقد استند الفقيه الى دراسته للقضاء ليؤكد أن تحديد الوصف القانونى للمنازعات ذات الطابع الدولى يجب أن يخضع لقانون القاضى . وذلك حتى ولو اتضح أن قانون القاضى لم يكن هو

الواجب التطبيق على النزاع . بل حتى ولو كان لا يدخل أصلا ضمن القوانين المرشحة لحكم النزاع .

ويستند خضوع التكييف لقانون القاضي الى عدة أسانيد ساق بعضها الاستاذ "بارتان" وأضاف الفقه الحديث البعض الآخر .

السند الأول ، عملي : ويقوم على الواقع القضائي، فقد كشف الاستاذ "بارتان" أن المحاكم الفرنسية قد درجت على اخضاع التكييف للقانون الفرنسي ، باعتباره قانون القاضي، وحده دون غيره ، ونسوق من بين القضايا التي استشهد بها هذا الفقيه ، قضية شهيرة وهي قضية ميراث المالطي.

وتتلخص وقائعها في أن الزوجين "بارتولو" من جزيرة مالطة قد هاجرها وتوطنا بالجزائر . وبعد وفاة الزوج طالبت أرملته أمام محكمة استئناف الجزائر بحقها في العقارات التي يمتلكها زوجها في الجزائر ، وذلك حسب أحكام قانون جزيرة مالطة ، الذي يقرر نصيبا معينا لأحد الزوجين في حالة وفاة الآخر ويسمى "بنصيب الزوج المحتاج" La quarte du conjoint pauvre .

ولقد ثار التساؤل : هل يدخل النصيب الذي تطالب به الزوجة في فكرة النظام المالي للزواج ويحكمه بالتالي قانون الموطن الأول للزوجين، وهو القانون المالطي . أم يدخل في فكرة الميراث ، ويخضع في هذه الحالة لقانون موقع العقار وهو القانون الفرنسي الساري آنذاك في الجزائر والتي كانت تعتبر جزءا من الاقليم الفرنسي .

وقد كيفت المحكمة المسألة التي يثيرها ادعاء الزوجية بأن يدخل في فكرة الميراث وذلك حسب احكام القانون الفرنسي ، قانون القاضي الذي ينظر الدعوى. ولما كان القانون الواجب التطبيق على الميراث في

العقارات هو قانون الموقع ، أى القانون الفرنسى ، فقد قضت المحكمة فى النهاية برفض ادعاء الزوجة ، باعتبار أن القانون الفرنسى لا يعترف بمثل هذا الحق (نصيب الزوج المحتاج) وقت صدور الحكم .[١]

السند الثانى ، سياسى : ويقوم على فكرة سياسية أكثر منها قانونية، وهى فكرة السيادة . حيث يرى الاستاذ "بارتان"، أن تنازع القوانين ما هو فى الحقيقة الا تنازعا بين سيادات الدول المختلفة التى على صلة بالعلاقة محل النزاع ، فالأمر يتعلق هنا بتحديد نطاق سلطان ومجال انطباق تشريعات تلك الدول ، أى تحديد مدى السيادة التشريعية لها. ولما كانت وظيفة قاعدة الاسناد لا تعدو أن تكون فضا للتنازع بين السيادات ، وكان التكييف يعتبر مسألة أولية ولازمة لاعمال قاعدة الاسناد، فهو يتصل أيضا بفكرة السيادة . ولما كان التكييف يحدد نطاق تطبيق قاعدة الاسناد فيكون من غير المتصور أن يتنازل المشرع أو القاضى الوطنى عن هذه المسألة المتعلقة بنطاق سيادة دولته التشريعية لقانون آخر غير قانونه .

السند الثالث ، قانونى : ولم يرق السند السياسى فى نظر غالب الشراح. فاخضاع التكييف لقانون القاضى يقوم على وظيفة التكييف كعملية فنية فى علاقته بقاعدة الاسناد . فهذه الأخيرة، لا تهدف الى فض التنازع بين سيادات أو رسم النطاق المكانى لتطبيق القوانين فى الدول المختلفة ، وانما وظيفتها اختيار أنسب القوانين لحكم العلاقة ذات الطابع الدولى .

وهذا لا يمكن إدراكه أو تحقيقه الا بعد اجراء التكييف اللازم للمسألة المعروضة ، فالتكييف ما هو الا تفسير لقاعدة الاسناد ذاتها .

---

(١) أنظر حكم محكمة استئناف الجزائر فى ١٨٨٩/١٢/٢٤ منشور فى Clunet, 1891, P. 1171 .

فالقاضى الذى يكيف شرط شهر الزواج فى حفل دينى يحضره كاهن يقوم بطقوس معينة ، لا يقصد فى الواقع سوى تفسير قاعدة الاسناد التى تقرر اختصاص قانون محل ابرام الزواج بحكم مسائل الشكل ، أو التى تقرر اختصاص القانون الشخصى بحكم المسائل الموضوعية فى الزواج، وذلك ليتوصل الى معرفة ما اذا كان هذا الشرط يتعلق بالشكل أم بالموضوع . وهو اذ يفسرها لا يفسرها إلا حسب أحكام قانونه الذى تشكل قاعدة الاسناد جزءا منه .

وهذا السند يؤيده غالب الفقه الحديث .

السند الرابع ، منطقى : ومقتضاه أن "البيئة أو الجو القانونى" الذى يعمل فيه القاضى الذى يواجه حل مشكلة تنازع القوانين يقوداه الى تطبيق قانونه على عملية التكييف . فقاعدة الاسناد ذاتها ، كما مضت الاشارة، قاعدة وطنية داخلية ، وتشكل جزءا من قانون القاضى ، وكل ما يلزم لاعمالها يلتمس بجانب ذلك القانون . كما أن القاضى نفسه ، وإن كان يفصل فى منازعة خاصة دولية ، ليس قاضيا دوليا بل قاض وطنى يتأثر فى تكوينه وعمله بمفاهيم وأحكام قانونه الوطنى . كل هذا يؤدى بالضرورة الى اجراء التكييف وفقا للمبادىء والاحكام السائدة فى قانونه.

ولا يعكر صفو هذا "الجو الوطنى" تدخل قانون أجنبى حيث أن التكييف هو عملية أولية سابقة على إعمال قاعدة الاسناد والكشف عن إمكانية تطبيق قانون أجنبى . فقبل تمام الوصف القانونى للمسألة المثارة لا يكون هناك قانونا آخر ينازع قانون القاضى اختصاصه ولا يمكن التكهن بهذا القانون حيث أن القاضى لم يعرفه بعد .

ويثور السؤال بالنسبة لمجال أعمال قانون القاضى لتحديد طبيعة المسألة أو العلاقة القانونية .

وقد استقر الفقه المنادى بتطبيق قانون القاضى بالنسبة للتكييف على وجوب قصر مجال اعماله على التكييف الأولى أو التكييف الاختصاصى . أى التكييف الذى يؤدى الى وضع المسألة محل النزاع ضمن طائفة قانونية تختص بحكمها قاعدة اسناد معينة . أما التكييفات اللاحقة أو التعريفات التى قد يتطلبها أعمال القانون الذى أشارت بتطبيقه قاعدة الاسناد فهى تخضع لهذا القانون ذاته .

أما بارتان فقد اعتبر اخضاع التكييفات اللاحقة الى القانون الواجب التطبيق على النزاع قيدا هاما على نظريته. فهو يعد نتيجة منطقية للأساس الذى بنى عليه هذه النظرية وهو فكرة السيادة. اذ ما دام اخضاع التكييف لقانون القاضى سببه فى تقديره عدم جواز الرجوع الى قانون أجنبى لتحديد الاطار الذى يسمح فيه بتطبيق القانون الاجنبى لما فى ذلك من حد من سيادة القانون الوطنى ، فانه لا داعى حينئذ للاستمرار فى الرجوع الى قانون القاضى مادام قد تم بيان اختصاص القانون الأجنبى . والتكييفات التى يتعين اجراؤها بعد ذلك ليس من شأنها تعديل هذا الاختصاص وانما من شأنها فقط بيان كيفية أعمال القانون الأجنبى بالنسبة للمسألة التى تقرر فعلا خضوعها لحكمه.

أما الفقه الذى يرى وجوب الرجوع الى قانون القاضى تأسيسا على أن التكييف هو تفسير لقاعدة الاسناد فقد وجد من المنطقى كذلك قصر مجال أعمال قانون القاضى على التكييف الاختصاصى دون التكييفات اللاحقة . ذلك أن التكييف الاختصاصى هو وحده الذى يعد لازما لتطبيق قاعدة الاسناد . وهو الذى يحدد مدلولها: مما يبرر اخضاعه لقانون القاضى . أما ما عدا ذلك من تكييفات لاحقة فانها لا تتصل بتحديد مدلول قاعدة الاسناد وبالتالى فانه لا يتعين اخضاعها لقانون القاضى. انما يتعين اخضاعها للقانون الذى أشارت بتطبيقه قاعدة الاسناد .

ويبدو لنا أن قصر مجال اعمال قانون القاضى على التكييف الاختصاصى يبرره فى الواقع ذات السبب الذى دعا القضاء قبل ظهور نظرية بارتان الى الاستعانة بقانون القاضى فى تحديد طبيعة المسألة أو العلاقة محل النزاع . فقد جرى القضاء على الرجوع الى قانونه الوطنى في هذا الصدد باعتبار أنه الطريق الوحيد التوصل الى معرفة القانون الذى اشارت بتطبيقه قاعدة الاسناد . ومن ثم فانه بمجرد معرفة هذا القانون تنتهى الحاجة الى الاستعانة بقانون القاضى ويتعين الأخذ بما يقرره القانون المختص بحكم النزاع فى حسم مختلف المسائل التى قد تعرض عند تطبيق هذا القانون بما فى ذلك التكييفات اللاحقة أو التعريفات. فكل هذه المسائل جزء لا يتجزأ من الحكم الموضوعى الذى يتضمنه القانون الواجب التطبيق .

وقد ثار السؤال حول ما اذا كان تكييف المال يدخل ضمن مجال اعمال مبدأ قانون القاضى .

ذهب الفقيه بارتان الى أن تحديد طبيعة المال من حيث كونه منقولا أو عقارا يجب أن يخضع لقانون موقع المال وليس لقانون القاضى. واعتبر ذلك استثناء هاما على نظريته. ذلك أن ارتباط الأموال باقليم الدولة يقتضى تكييف المال وفقا لقانون موقعه حرصا على استقرار المعاملات وسلامتها .

غير أن الفقه الغالب لا يميل الى استثناء المال من القاعدة العامة القاضية باخضاع التكييف لقانون القاضى فسلامة المعاملات لا تتطلب بالضرورة الخروج على مبدأ خضوع التكييف لقانون القاضى . هذا فضلا عن أن تحديد طبيعة المال ذاته وبيان كونه عقارا أم منقولا قد يكون ضروريا فى بعض الأحيان لمعرفة قاعدة الاسناد الواجبة التطبيق. ولا سبيل الى ذلك الا بالإستعانة بقانون القاضى . ومن أمثلة ذلك ما نص

عليه القانون الفرنسي من خضوع الميراث في العقار لقانون موقعه وخضوع الميراث في المنقول لقانون موطن المتوفى. فيتعين على القاضي في مثل هذه الحالة أن يحدد أولا ما اذا كان المال محل النزاع عقارا أم منقولا . ولا سبيل الى ذلك مالم يستعن أولا بقانون القاضي. فاذا ما حدد القاضي طبيعة المال وفقا لمفهومه أمكنه حينئذ التوصل الى قاعدة الاسناد الواجبة التطبيق على النزاع .

وقد يكون المال محل النزاع كائنا في اقليم أكثر من دولة وقد يختلف تحديد طبيعته من دولة الى أخرى ، مما يؤدي الى تعدد قواعد الاسناد وتضاربها بشأنها نفس النزاع ، كذلك قد يكون المال محل النزاع مالا معنويا يتحدد موقعه في كل دولة وفقا للمبادىء القانونية السائدة فيها. فكيف السبيل حينئذ الى تحديد موقع المال مالم يكن هذا التحديد مرتبطا بقانون دولة معينة بالذات .

ونحن نميل الى تأييد ما ذهب اليه هذا الفريق من الفقه . فقواعد الاسناد عادة تخضع المال لقانون الموقع سواء كن منقولا أم عقارا . ومن ثم فلن يؤدي اخضاع تكييف المال الى قانون القاضي أو الى قانون الموقع الى التأثير في القانون الواجب التطبيق . فالنتيجة ستكون واحدة في الحالتين . اذ سيطبق قانون الموقع سواء كان المال عقارا أم منقولا . وبالتالي فلا داعي من الناحية العملية الى الخروج على مبدأ خضوع التكييف لقانون القاضي بالنسبة للمال . أما اذا كانت قاعدة الاسناد الوطنية تخضع المنقول لقانون يختلف عن ذلك الذي يحكم العقار كما هو الحال بالنسبة لقواعد الاسناد بشأن الميراث في فرنسا، فانه لا جدال من باب أولى في ضرورة الأخذ بالتكييف الوارد في قانون القاضي. فالقول بغير ذلك يؤدي الى اهدار قاعدة الاسناد الوطنية اذ قد يترتب على الاعتداد بقانون موقع المال في تكييف العلاقة دون قانون القاضي أن

يطبق القاضى الوطنى قاعدة الاسناد فى حالات لا يرى المشرع الوطنى تطبيقها فيها. كأن تطبق قاعدة الاسناد الخاصة بالعقار على مال يعتبر من وجهة نظر المشرع الوطنى منقولا .

**٢ ـ النظرية الثانية : تطبيق القانون الذى يحكم موضوع النزاع :**

ذهب فريق آخر من الفقه على رأسهم الاستاذ (دسبانييه) الى عدم سلامة نظرية تطبيق قانون القاضى . فاذا كنا قد سلمنا بوجوب اخضاع هذه المنازعات للقانون الذى تشير اليه قاعدة الاسناد فأنه من التناقض ان نفرض التكييف الذى يقضى به قانون القاضى على هذه المنازعات ، ويكون من الأفضل أن يحكم النزاع بشكل كامل بالقانون الذى قضت قاعدة الاسناد بأسناد النزاع اليه .

وتستند هذه النظرية الى مايلى :

الحجة الأولى : أنه من غير المفهوم أن تشير قاعدة الاسناد الى اختصاص قانون معين ، ثم لا يطبق القاضى ذلك القانون ، فالاسناد هنا أسناد كلى يستتبع تطبيق القانون المسند اليه على التكييف وكل ما يتصل بالعلاقة محل النزاع .

الحجة الثانية : أن اجراء التكييف وفقا لقانون القاضى قد يؤدى الى تطبيق القانون الاجنبى فى غير الحالات التى رسمها مشرعه ليطبق فيها ، أو قد يقود ، على العكس ، الى عدم تطبيقه فى الحالات التى يجب أن يطبق فيها . فترك التكييف للقانون الواجب التطبيق فيه ضمان لصحة تطبيق القانون الأجنبى .

الحجة الثالثة : أن أخضاع التكييف للقانون المختص بحكم النزاع يتلافى النتائج غير العادلة التى يقود اليها اجراء التكييف حسب قانون القاضى ، خصوصا اذا كانت المسألة القانونية المعروضة يعترف بها

وينظمها القانون الاجنبى المختص فى حين أن قانون القاضى يجهلها . ففى قضية ميراث المالطى ، لو كيف القاضى الفرنسى (نصيب الزوج المحتاج) حسب أحكام القانون المالطى ، لتوصل الى اعطاء هذا النصيب للزوجة.

والواقع أن الرأى القائل باخضاع التكييف للقانون المختص بحكم النزاع لا يقل فى قوة منطقة عن الرأى القائل باخضاع التكييف لقانون القاضى . فمن الممكن القول بأن اعطاء الوصف القانونى للمسألة يعد جزء لايتجزأ من قاعدة الاسناد الوطنية ، وأن عدم تكييف النزاع وفقا لقانون القاضى من شأنه خرق قاعدة الاسناد وتطبيقها على حالات لم يقصد المشرع الوطنى تطبيقها عليها . كما أنه من الممكن القول بأن اعطاء الوصف القانونى للمسألة يعد جزء لايتجزأ من القاعدة الموضوعية التى يتضمنها القانون الاجنبى المختص بحكم النزاع ، وأن عدم تكييف النزاع وفقا لهذه القاعدة فيه خرق للقانون الأجنبى وتطبيق له بصدد حالات لم يقصد المشرع الأجنبى تطبيقه فيها .

غير أن اخضاع التكييف للقانون الواجب التطبيق على النزاع تعترضه استحالة عملية . فالتكييف كما سبق أن بيننا عملية أولية لا سبيل الى الاهتداء الى القانون الواجب التطبيق بدونها ، اذ هى التى تبين طبيعة المسألة محل النزاع وتضعها ضمن طائفة من طوائف النظم القانونية التى خصها المشرع بقاعدة اسناد. لذلك يصف أنصار مبدأ خضوع التكييف لقانون القاضى هذه النظرية بأنها تنطوى على مصادرة على المطلوب - فهى تنادى باخضاع التكييف للقانون الواجب التطبيق على النزاع فى حين أن هذا القانون لا يمكن معرفته الا بعد اعطاء الوصف القانونى للمسألة محل النزاع .

**٣ - النظرية الثالثة : تطبيق القانون المقارن :**

ذهب الفقيه الالمانى (ارنست رابل) الى المناداة بوجوب عدم التقيد فى تكييف المسائل ذات الطابع الخاص الدولى بقانون دولة معينة بل يجب الرجوع فى هذا التكييف الى قواعد تتفق مع طبيعة هذه المسائل. فنازع القوانين من شأنه امكان تطبيق كافة قوانين العالم ومن ثم فان المسائل التى يحكمها يجب تحديد طبيعتها وفقا لقواعد مطابقة لطبيعة هذا القانون والوظيفة الدولية التى يؤديها . أى وفقا لقواعد وأفكار عالمية. والسبيل الى معرفة هذه الأفكار العالمية هو دراسة قوانين الدول المختلفة دراسة مقارنة وعدم الاكتفاء بما يقرره قانون معين من تكييفات. فاذا نص قانون القاضى مثلا على أن الوصاية على القاصر تخضع لقانون الجنسية فان تحديد مفهوم الوصاية لا يجب أن يتم وفقا لقانون القاضى أو لقانون جنسية القاصر فحسب ، بل يجب أن يرجع أيضا فى تحديد هذا المفهوم الى النظم السائدة فى العالم المتمدين بالنسبة للمسألة المطروحة .

وقد لاقت الفكرة السابقة رواجا لدى عدد ليس بالقليل من الفقهاء فى مختلف الدول . غير أنها لم تسد لدى القضاء نظرا لما تنطوى عليه من صعوبة كبيرة فى التطبيق . فمن العسير من الناحية العملية أن يقوم القاضى المطلوب منه تكييف مسألة معينة بالرجوع الى قوانين الدول المختلفة ليستمد منها الوصف القانونى الملائم . اذ فضلا عن المشقة الفائقة التى تنطوى عليها هذه العملية ، فان اختلاف النظم القانونية حول الوصف القانونى للكثير من المسائل قد يؤدى بالقاضى الى نتائج متضاربة ، ولن يجد القاضى فى الكثير من الأحيان عونا كافيا من الدراسات الفقهية للقانون المقارن ، فدراسات القانون المقارن لم تتعد بعد فى الغالب من الحالات مرحلة العموميات بحيث لا يتسنى للقاضى أن

يستمد منها حلا واضحا لمسألة محددة مطروحة أمامه .

**الموازنة بين النظريات السابقة :**

يذهب رأى نراه جديرا بالتأييد الى أن " أخضاع التكييف لقانون القاضى أمر ضرورى ازاء الاستحالة العملية فى الرجوع الى القانون الذى تشير اليه قاعدة الاسناد ، وازاء صعوبة الرجوع الى القانون المقارن للبحث عن الوصف القانونى المناسب . وقد سبق أن أوضحنا أنه لا سبيل الى تنظيم العلاقات القانونية ذات الطابع الدولى فى الوضع الراهن لحياة المجتمع الدولى الا عن طريق قواعد من وضع المشرع الوطنى ، هى قواعد الاسناد . ولما كان اعمال أى من هذه القواعد يتطلب تحديد ما اذا كانت المسألة المعروضة تدخل ضمن طائفة المسائل الخاضعة للقاعدة فان هذا التحديد يجب أن يستمد من المعايير المتبعة فى القانون الوطنى ، والقول بغير ذلك من شأنه عزل قاعدة الاسناد عن النظام القانونى الذى تنتمى اليه .

ومما لاشك فيه أن المشرع الوطنى عند وضعه قواعد الاسناد، وتحديده الطوائف المختلفة للمسائل التى تسرى عليها كل من هذه القواعد انما قام بذلك فى ضوء الأفكار المتعارف عليها فى نظامه القانونى".[1]

غير أن السؤال يثور عما اذا كانت هذه الأفكار لا يتغير مدلولها اذا ما أريد نقلها من المجال الداخلى وأعمالها فى مجال الحياة الدولية الخاصة، أى اتخاذها اطارا لتطبيق قواعد الاسناد .

لاشك أنه من العسير مواجهة الواقع الدولى بوسائل مستمدة فقط من النظام القانونى الوطنى وبحلول تهدف الى تلبية حاجات مجتمع داخلى يتميز بالتجانس . ولما كان المشرع يهدف بوضعه قواعد الاسناد

---

(1) الدكتور فؤاد رياض . المرجع السابق ، ص ٦٧.

ايجاد حل لكافة المنازعات ذات الطابع الدولى المطروحة على المحاكم الوطنية ، فان التمسك بالمفهوم الوطنى الضيق للأفكار التى قام فى ضوئها هذا التحديد من شأنه أن يرد على المشرع قصده وأن يحول دون أداء قواعد الاسناد لوظيفتها فى مجال الحياة الدولية للأفراد . ذلك أن المسائل ذات الطابع الدولى التى تطرح على القاضى الوطنى تتصل بنظم قانونية أجنبية ومن ثم قد لا ينطبق عليها الأوصاف القانونية التى حددها المشرع الوطنى بمفهومها الضيق ، وبذلك لا يتسنى للقاضى الوطنى معرفة القانون الواجب التطبيق على المسألة لتعذر ادخالها ضمن احدى الطوائف التى وضع لها المشرع قاعدة اسناد .

ويبدو لنا أن السبيل الوحيد لقيام قواعد الاسناد بوظيفتها فى العلاقات الدولية الخاصة هو تفسير هذه القواعد وتحديد المسائل التى تخضع لها فى ضوء واقع هذه العلاقات . وهو واقع يقوم على عدم التجانس فى كثير من الأحيان بين الأفكار القانونية فى مختلف الدول . ويتعين على القاضى عند بحثه فى الوصف القانونى للمسألة المعروضة ألا يتطلب مطابقتها للأحكام التفصيلية فى قانونه الوطنى. بل يكتفى بالتحقق من أن المسألة المعروضة تتوافر فيها الأسس الرئيسية التى لا يمكن لمركز قانونى محدد أن يقوم بدونها فى الحياة الدولية . ولاشك أن هذه الأسس يستمدها القاضى من قانونه الوطنى ، ولكن رجوعه الى قانونه لا يشكل قيدا يلزمه بادخال المسألة ضمن اطار وطنى جامد وانما بمثابة نقطة انطلاق فى بحثه عن الأسس التى يقوم عليها المركز القانونى محل البحث فى النظم القانونية المختلفة .

فاذا فرضنا مثلا أن النزاع المطروح على القاضى الفرنسى يتعلق بصحة زواج تم وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية فى مصر ، فان القاضى الفرنسى يجب عند تكييفه للمسألة المعروضة البحث عما اذا كانت العلاقة

يتوافر فيها الأسس اللازمة لقيام علاقة زوجية. وهو يبدأ بالبحث عن هذه الأسس فى قانونه ولكن لا يستبقى منها الا تلك التى تتفق مع الأسس المتبعة بصفة عامة فى النظم القانونية الأخرى. وليس هناك ما يحول دون استئناس القاضى كذلك بالأسس المتبعة فى النظم القانونية التى يتضح له ارتباط المسألة المعروضة بها [1]. فاذا ما تبين للقاضى توافر الأسس العامة اللازمة لقيام علاقة الزوجية فى المجال الدولى أمكنه حينئذ تكييفها على أنها زواج . أما اذا تجاوز القاضى الفرنسى ذلك وتطلب لوصف العلاقة على أنها زواج مطابقتها لكافة الشروط اللازمة لقيام هذه العلاقة فى القانون الفرنسى فانه قد يجد نفسه مضطرا الى رفض تكييفها على أنها زواج نظرا لأن القانون الفرنسى يشترط فى العلاقة الزوجية عدم امكان تعدد الزوجات . واذا أمعنا النظر فى الأمر اتضح لنا أن القاضى قد تجاوز فى هذه الحالة نطاق التكييف اذ يكون قد قام بالفصل فى النزاع مقدما وقرر عدم صحة الزواج وفقا لقانونه . فى حين أن دوره فى هذه المرحلة الأولية يقتصر على البحث عن القانون الذى يحكم النزاع. وهذا الأخير هو الذى من شأنه أن يقرر صحة أو بطلان العلاقة.

## المطلب الثانى

## التكييف فى النظام القانونى المصرى

تبنى المشرع المصرى صراحة النظرية الأولى التى تخضع التكييف لقانون القاضى عندما نص فى المادة العاشرة من القانون المدنى المصرى على أن "القانون المصرى هو المرجع فى تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات فى قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها ".

---

[1] انظر الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٦٩.

وقد ورد بالمذكرة الايضاحية للقانون المدنى بشأن هذه المادة ان تطبيق القانون المصرى بوصفه قانونا للقاضى فى مسألة التكييف لا يتناول الا تحديد طبيعة العلاقات فى النزاع المطروح لادخالها فى نطاق طائفة من طوائف النظم القانونية التى تعين لها قواعد الاسناد اختصاصا تشريعيا معينا كطائفة النظم الخاصة بشكل التصرفات او بحالة الاشخاص أو بمركز الاموال .

ومتى تم هذا التحديد انتهت مهمة قانون القاضى اذ يتعين القانون الواجب التطبيق ولا يكون للقاضى الا ان يعمل احكام هذا القانون .

ولكن يثور السؤال حول المقصود بالقانون المصرى الذى يرجع اليه القاضى فى التكييف ؟

والمقصود بقانون القاضى الذى يرجع اليه فى التكييف ، الأولى أو السابق، هو القانون المصرى فى جملته أيا كان مصدر القواعد القانونية ؛ فإذا تضمنت النصوص التشريعية تكييفا للمسألة المطروحة التزم القاضى بهذا التكييف واذا لم يتضمن ، كان عليه أن يلجأ فى التكييف الى مصادر القانون الأخرى التى حددتها المادة الأولى من القانون المدنى وهى العرف والشريعة الاسلامية ومبادىء القانون الطبيعى والعدالة .[1]

ولكن هل يمكن للقاضى الاستئناس بالقانون الاجنبى ؟

للقاضى أن يستأنس بالقانون الاجنبى الذى يتمسك الخصوم بتطبيقه ليكشف عن المعالم الاساسية للعلاقة المطروحة حتى ما اذا تحددت هذه المعالم أمكن ردها إلى طائفة من المسائل القانونية التى

---

[1] انظر الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ١٣٢ . وانظر المذكرة الايضاحية للقانون المدنى ، الجزء الأول من الاعمال التحضيرية ص ٢٣٣.

خصها المشرع المصرى بقاعدة من قواعد الاسناد.[١]

**التكييف فى مسائل الاحوال الشخصية :**

اذا كانت الواقعة المطروحة تتعلق بأحدى مسائل الاحوال الشخصية التى نظمها المشرع بنصوص خاصة كالميراث والوصية والاهلية والولاية على المال وجب الرجوع الى هذه النصوص فى التكييف بغض النظر عن ديانة الخصوم اما اذا كانت الواقعة المطروحة - متعلقة بالأسرة كالزواج والطلاق فالرأى السائد هو الرجوع فى تكييفها إلى الشريعة الاسلامية باعتبارها الشريعة العامة الا اذا كان المشرع قد سمح بتطبيق قواعد طائفية او ملية أخرى بالنسبة لغير المسلمين ، فيرجع اليها فى ضوء المبادىء والأفكار السائدة فى الشريعة الاسلامية باعتبارها الشريعة العامة الواجبة التطبيق فى جميع مسائل الأحوال الشخصية.[٢]

---

[١] أنظر الدكتور هشام صادق ، المرجع السابق ص ١٥٦.

[٢] انظر المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الصادرة بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣٢.

# الباب الثانى
# مشكلات
# تطبيق القانون الاجنبى

بينا فيما سبق أن قواعد الاسناد الوطنية تضطلع بتحديد القانون الواجب التطبيق في العلاقات ذات الطابع الدولي . فاذا ما اشارت قاعدة الاسناد الى تطبيق قانون دولة القاضي فانه يتعين على القاضي الوطني تطبق القواعد الموضوعية في قانونه للتوصل الى الحل النهائي للنزاع. أما اذا اشارت قاعدة الاسناد الوطنية الى تطبيق قانون غير قانون دولة القاضي فان السؤال يثور حول كيفية التوصل الى الحل النهائي للنزاع. اذ لا يكفي للتوصل الى هذا الحل معرفة القانون الاجنبي الذي تشير اليه قاعدة الاسناد الوطنية ، بل يتعين فضلا عن ذلك تحديد القواعد الواجبة التطبيق في هذا القانون . فمن المعلوم أن القانون الاجنبي يتضمن - أسوة في هذا الصدد بالقانون الوطني - نوعين من القواعد - قواعد اسناد تحدد القانون الواجب التطبيق في المنازعات ذات الطابع الدولي ، وقواعد موضوعية تتكفل مباشرة باعطاء الحل النهائي للنزاع . ومن ثم يتعين معرفة ما اذا كانت مهمة القاضي الوطني تقتصر على تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الاجنبي للتوصل الى الحل النهائي للنزاع أم أنه على العكس من ذلك يتعين على القاضي الوطني الانصياع الى ما تقضي به قواعد الاسناد في القانون الاجنبي. وتلك هي المشكلة الاولى التي يطلق عليها مشكلة الاحالة .

فإذا ما انتهينا الى حل بشأن مشكلة الأحالة ، يسعى القاضي الى تطبيق القانون الأجنبي وهنا قد يواجه بمشكلة أخرى تتلخص في تعارض القواعد القانونية الأجنبية مع المبادىء والأسس التي يقوم عليها النظام القانوني الوطني للقاضي وهو ما قد يشكل عائق أمامه في تنفيذ القانون الذي أشارت اليه قاعدة الاسناد وهي المشكلة المعروفة اصطلاحا بالدفع بالنظام العام . فأذا لم يكن القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام فأنه قد يكون قد تم التوصل اليه بموجب قاعدة اسناد غير واجبة التطبيق على الحقيقية ، وانما طبقت حين ادخل اطراف العلاقة الغش على القاضي

بالتغيير فى ضوابط الاسناد بقصد تغيير القانون الواجب التطبيـق ، وهنـا يواجـه القـاضى مشـكلة أخـرى تعـرف اصطلاحـا بـالدفع بـالغش نحـو القانون.

وسوف نعرض لكل من هذه المشكلات تفصيلا على النحو الآتى:

## الفصل الأول

## مشكلة الأحالـة

لا يكفى للتوصل الى الحل النهائى للنزاع معرفة أحكام القانون الأجنبى الذى تشير اليه قاعدة الاسناد الوطنية ، بل يتعين فضلا عن ذلك تحديد القواعد الواجبة التطبيق فى هذا القانون . فمن المعلوم أن القانون الأجنبى يتضمن - أسوة فى هذا الصدد بالقانون الوطنى - نوعين من القواعد: قواعد اسناد تحدد القانون الواجب التطبيق فى المنازعات ذات الطابع الدولى ، وقواعد موضوعية تتكفل مباشرة باعطاء الحل النهائى للنزاع. ومن ثم يتعين تحديد ما اذا كانت مهمة القاضى تقتصر على تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبى للتوصل إلى الحل النهائى للنزاع أم أنه إلى العكس من ذلك يتعين على القاضى الوطنى الانصياع الى ما تقضى به قواعد الاسناد فى القانون الاجنبى .

والواقع أن البت فى هذه المشكلة أمر جوهرى ليس من الناحية النظرية فحسب ، بل أيضا من الناحية العملية نظرا لما قد يترتب على ذلك من تغيير فى الحل النهائى للنزاع . فاذا ما اشارت قاعدة الاسناد الوطنية الى تطبيق قانون أجنبى معين ، فانه قد يحدث أحيانا أن تشير قاعدة الاسناد الواردة فى القانون الاجنبى الى تطبيق قانون غير قانونها، كأن تقضى بتطبيق قانون القاضى الوطنى نفسه أو تقضى بتطبيق قانون دولة أجنبية أخرى . فاذا انصاع القاضى الوطنى الى ما تقضى به قاعدة الاسناد الواردة بالقانون الأجنبى فان ذلك يؤدى الى تطبيق قانون آخر غير القانون الذى أشارت بتطبيقه قاعدة الاسناد الوطنية، وبالتالى فان الحل النهائى للنزاع فى هذه الحالة سيختلف عن الحل النهائى للنزاع لو قام القاضى مباشرة بتطبيق القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى الذى أشارت بتطبيقه قاعدة الاسناد فى قانونه .

وقد أثار تحديد ما اذا كان القاضى الوطنى ملزما بتطبيق قاعدة الاسناد المنصوص عليها فى القانون الأجنبى أو على العكس من ذلك ينحصر التزامه فى تطبيق القواعد الموضوعية فى هذا القانون جدلا كبيرا فى الفقه والقضاء . وقد أطلق فقهاء القانون الدولى الخاص على هذه المسألة اسم الاحالة Renvoi. وذلك باعتبار أن القانون الأجنبى ، الذى أشارت بتطبيقه قاعدة الاسناد الوطنية . لا يتكفل باعطاء الحل النهائى للنزاع وانما يحيل حسم النزاع الى قانون آخر . وتعد مشكلة الاحالة بحق من أشهر المشكلات فى القانون الدولى الخاص.

وقد بدأت عناية الفقه ببحث مشكلة الاحالة بشكل واضح على أثر قضية شهيرة ثارت أمام القضاء الفرنسى فى أواخر القرن التاسع عشر وهى القضية المعروفة بقضية فورجو Affaine Forgo وتتلخص هذه القضية فى أن المدعو فورجو . وهو ولد غير شرعى يتمتع الجنسية البافارية . توفى فى فرنسا بعد أن أقام فيها فترة طويلة. وترك وراءه ثروة منقولة دون أن يكون له زوجة أو أولاد. وحينئذ ثار النزاع بين أقاربه الطبيعيين من الحواشى (وهم الأخوة والأخوات والأعمام والعمات) وبين الحكومة الفرنسية حول من تؤول اليه الثروة . وكان محور الخلاف هو تحديد القانون الذى يخضع له الميراث : هل هو القانون الفرنسى أم القانون البافارى ؟ فاذا أخذنا بالقانون البافارى آلت التركة الى الحواشى نظرا لأنه يسمح لهم بالارث . أما اذا أخذنا بالقانون الفرنسى آلت التركة الى الدولة باعتبارها تركة شاغرة نظرا لأن القانون الفرنسى لا يورث الحواشى .

ولما كانت قاعدة الاسناد فى القانون الفرنسى تقضى بخضوع الميراث لقانون الموطن الاصلى فان محكمة استئناف بوردو طبقت القانون البافارى وقضت لحواشى المتوفى بالتركة . غير أن محكمة

النقض الفرنسية نقضت الحكم تأسيسا على أن محكمة الاستئناف كان يتعين عليها تطبيق قاعدة الاسناد فى القانون البافارى وهى تقضى بخضوع الميراث لقانون الموطن الفعلى وقت الوفاة أى للقانون الفرنسى. ولما كان القانون الفرنسى لا يورث الحواشى فان المحكمة قضت بأيلولة التركة الى الدولة الفرنسية .

ويتضح من الحكم السالف الذكر أن محكمة النقض الفرنسية أقرت الأخذ بنظرية الاحالة. واذا كانت الاحالة فى المثل السابق الذكر قد أدت الى تطبيق قانون القاضى. مما كان له بلا شك أثره فى قبول المحكمة لفكرة الاحالة ألا أن منطق هذه النظرية قد يؤدى كذلك كما سبق البيان الى تطبيق قانون دولة ثالثة بدلا من قانون القاضى. فلو فرضنا أن الموطن الفعلى للمتوفى فى قضية فورجو السالفة الذكر وجد بانجلترا لتعين حينئذ تطبيق القانون الانجليزى بدلا من قانون القاضى .

وقد انقسم الفقه التقليدى فيما يتعلق بمشكلة تحديد القواعد الواجبة التطبيق فى القانون الاجنبى الى فريقين رئيسيين . الفريق الأول. ويؤيده القضاء فى بعض الدول كفرنسا ، يرى أنه يتعين على القاضى دائما ، اذا ما أشارت قاعدة الاسناد الوطنية بتطبيق قانون أجنبى معين، أن ينصاع الى ما تقضى به قواعد الأسناد فى هذا القانون . أما الفريق الثانى، وتؤيده بعض التشريعات كالتشريع الايطالى والمصرى. فيرى أن القاضى الوطنى يلتزم فقط بتطبيق القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى دون تلك المتعلقة بالاسناد .

## المبحث الأول

### تطبيق قواعد الاسناد فى القانون الأجنبى

لما كانت قاعدة الاسناد الوطنية تقتصر على الاشارة الى القانون

الواجب التطبيق دون أن تعنى بتحديد ما اذا كان المقصود بهذه الاشارة هو قواعد الاسناد فى هذا القانون أم القواعد الموضوعية فيه ، فقد رأى فريق من الفقه أن هذه الاشارة يجب أن تفهم على أنها اسناد اجمالى للقانون الأجنبى بمعنى أنه يتعين على القاضى ، اذا ما أشارت قاعدة الاسناد فى قانونه الى قانون أجنبى معين ، البدء بتطبيق قواعد الاسناد فى هذا القانون. ولا يخلو الأمر حينئذ من أحد فرضين : الفرض الأول هو أن تشير قاعدة الاسناد الأجنبية الى تطبيق قانون الدولة الأجنبية ذاتها . وحينئذ يتعين على القاضى أن يطبق القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى للتوصل الى الحل النهائى للنزاع . والفرض الثانى هو أن تشير قاعدة الاسناد الأجنبية الى تطبيق قانون آخر غير قانونها ، وفى هذه الحالة يتعين على القاضى الوطنى قبول هذه الاحالة وتطبيق أحكام هذا القانون . ويستوى فى هذا الصدد كون هذا القانون هو قانون دولة القاضى نفسه أم قانون دولة أجنبية.

**الأسانيد المؤيدة للأخذ بالاحالة :**

وقد استند انصار المبدأ القاضى بتطبيق قواعد الاسناد فى القانون الأجنبى أو فكرة الاحالة الى العديد من لحجج .

- أما الحجة الرئيسية التى استند اليها أنصار نظرية الاحالة فهى أنه من غير المقبول تطبيق القواعد الموضوعية التى يتضمنها قانون دولة أجنبية رغم ارادة هذه الدولة . أى بشكل مخالف لقواعد الاسناد فى هذه الدولة . فقواعد الاسناد هى التى تتكفل بتحديد مجال تطبيق القواعد الموضوعية فى قانون دولة القاضى . ومن ثم فلا يجوز تطبيق القواعد الموضوعية فى القانون الاجنبى الا اذا كانت قواعد الاسناد الأجنبية تسمح بتطبيقها ، اذ أن القواعد الموضوعية مرتبطة فى تطبيقها بقواعد الاسناد ارتباط الانسان بظله.

ويذهب أنصار النظرية الى حد القول بأنه اذا طبقنا القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى بالرغم من أن قواعد الاسناد فى هذا القانون لا تعتبر هذه القواعد مختصة بحكم العلاقة فأننا نكون قد أهدرنا مبدأ اختصاص هذا القانون الاجنبى بحكم النزاع كما أقرته له قواعد الاسناد فى قانوننا . ذلك أن تطبيق القاضى الوطنى للقانون الأجنبى فى غير الحالات التى يرى المشرع الأجنبى اخضاعها لحكمه ينطوى على تحوير لهذا القانون وتغيير لطبيعته . فكأن القاضى حينئذ قد طبق قانونا أخر غير ذلك الذى تقضى قاعدة الاسناد الوطنية بتطبيقه ، كما أن ذلك يعد تدخلا من القاضى الوطنى فى وظيفة المشرع الأجنبى اذ أنه يحدد للقانون نطاقا لا يجيزه هذا المشرع وفى ذلك اعتداء على حق الدولة الأجنبية فى تحديد سيادتها التشريعية .

كذلك يستند أنصار نظرية الاحالة الى حجة مقتضاها أن الاحالة هى السبيل الى تحقيق الاتساق القانونى وتوحيد الحلول فى الدول التى تتصل بها العلاقة . فالقاضى بقبوله الاحالة انما يعطى النزاع ذات الحل الذى سيأخذ به القاضى الأجنبى لو كان قد تم طرح النزاع عليه . وبذلك لا يختلف الحل الذى يلقاه النزاع تبعا للمحكمة التى يطرح عليها. كما تتوحد الحلول فى مجال المعاملات الدولية . وفى ذلك أيضا ضمان تنفيذ الحكم الذى ستصدره المحكمة لدى الدولة التى تشير قاعدة الاسناد بتطبيق قانونها . اذ أن هذه الدولة قد تشترط لتنفيذ الأحكام أن يكون القاضى الأجنبى قد أعمل قاعدة الاسناد التى يقضى بها قانون الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها .[١]

---

[١] انظر الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ص ١٠٥ ومابعدها.

## المبحث الثانى

## فى تطبيق القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى

ذهب فريق آخر من الفقه الى القول بأنه اذا ما أشارت قاعدة الاسناد الوطنية بتطبيق قانون أجنبى معين ، فانه يتعين فهم هذه الاشارة على أنها يقصد بها فقط الأحكام الموضوعية التى يتضمنها هذا القانون . وبعبارة أخرى ، فانه يتعين على القاضى الوطنى القيام بتطبيق القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى مباشرة على النزاع دون تلك المتعلقة بقواعد الاسناد فيه. فالاسناد الى القانون الأجنبى فى رأيهم هو اسناد موضوعى ، أى اسناد الى القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى وليس اسنادا اجماليا كما يقرر أنصار الأخذ بالاحالة .

**أسانيد الرافضين للأحالة :**

وقد استند أنصار هذا الرأى الى حجة رئيسية مقتضاها أن تطبيق القاضى للقانون الأجنبى ليس أساسه ارادة المشرع الأجنبى وانما ارادة المشرع الوطنى فى دولة القاضى . فقواعد الاسناد انما وضعها المشرع الوطنى لتحديد مجال تطبيق كل من القانون الوطنى والقانون الأجنبى على العلاقات ذات الطابع الدولى . وهو يقوم بهذا التحديد فى ضوء المقتضيات التى تفرضها الحياة الدولية الخاصة وكذلك تلك التى تفرضها حياة المجتمع الوطنى فى دولة المشرع . وما قواعد الاسناد الا تعبير عن نظرة المشرع الوطنى لهذه المقتضيات ومحاولة التوفيق بينها. ومن ثم يجب حسم النزاع وفقا للقواعد الموضوعية للقانون الذى اختاره المشرع الوطنى ، لأن هذا الاختيار هو الذى يحقق الهدف الذى توخاه المشرع الوطنى . أما اذا تركنا حسم النزاع للقانون الذى تحدده قواعد الاسناد فى القانون الأجنبى . فاننا نكون بذلك قد خضعنا لنظرة المشرع الاجنبى

وتقديره للمقتضيات التى تملى الحل الواجب الاتباع فى مجال العلاقات الدولية الخاصة . وهو ما يتنافى مع طبيعة قاعدة الاسناد والغرض من وجودها . بل أن فى القول بوجوب رجوع القاضى الوطنى الى قاعدة الاسناد الأجنبية لتحديد القانون الواجب التطبيق انتهاك للسيادة التشريعية للمشرع الوطنى . فالقاضى لا يأتمر الا بأوامر مشرعة ، وفى تطبيقه لقواعد الاسناد الأجنبية تخل عن الأمر الصادر من مشرعه وخضوع للأمر الصادر من المشرع الأجنبى .

كذلك يرى أنصار هذا الاتجاه أن تطبيق قواعد الاسناد فى القانون الأجنبى من شأنه أن يؤدى إلى حلقة مفرغة لا خروج منها. ذلك أنه لو أشارت قاعدة الاسناد فى القانون الأجنبى الى تطبيق قانون آخر - سواء كان هذا القانون هو قانون القاضى نفسه أم كان قانون دولة ثالثة - فان منطق الحجة يقضى بالرجوع أولا الى قواعد الاسناد فى هذا القانون الأخير . فاذا قضت هذه القواعد بتطبيق قانون معين تعين الرجوع أولا الى قواعد الاسناد فى هذا القانون الجديد وهكذا الى مالا نهاية . ولا سبيل الى الخروج من هذه الحلقة المفرغة الا بتطبيق القواعد الموضوعية فى أى من القوانين التى تتم الاحالة اليها ، كما فعلت المحاكم الفرنسية فعلا فى قضية فورجو عند تطبيقها للقواعد الموضوعية فى القانون الفرنسى ، وهو قانون القاضى فى هذه الحالة . ومن ثم فان الخروج من الحلقة المفرغة التى يوقعنا فيها مبدأ الرجوع الى قواعد الاسناد فى القانون الأجنبى لا يتحقق الا عن طريق اهدار ذات المبدأ وتطبيق القواعد الموضوعية فى أية مرحلة من المراحل .

**الرد على أسانيد انصار الاحالة :**

ولم يجد أنصار هذا الرأى صعوبة فى الرد على الحجج التى استند اليها أنصار الاحالة . فالقول بأن الأخذ بالاحالة من شأنه تحقيق

الاتساق القانونى وتوحيد الحلول بين الدول التى تتصل بالعلاقة قول مردود. فالأخذ بالاحالة ليس من شأنه فى واقع الأمر توحيد الحلول الا اذا أخذ فريق من الدول بالاحالة دون الفريق الآخر. أما اذا اخذت جميع الدول بالاحالة - وهذا هو المفروض اذا كانت النظرية سليمة - فان القوانين المطبقة ستختلف من دولة الى أخرى. فلو فرضنا مثلا أن كل من المشرع الفرنسى والمشرع الانجليزى يأخذ بالاحالة فان القاضى الفرنسى المطروح عليه نزاع فى مسألة من مسائل الاحوال الشخصية المتعلقة بأحد الانجليز المتوطنين بفرنسا سيطبق قانون الجنسية أى القانون الانجليزى الذى سيحيل الى قانون الموطن وهو القانون الفرنسى. وذلك فى حين أن القاضى الانجليزى الذى قد يطرح عليه نزاع مماثل سيطبق قانون الموطن وهو القانون الفرنسى الذى يحيل الى قانون الجنسية وهو القانون الانجليزى. وبذلك نرى أن الأخذ بالاحالة فى كل من الدولتين لم يؤد الى توحيد الحلول، بل أدى الى تطبيق القاضى الانجليزى لقانون غير ذلك الذى طبقه القاضى الفرنسى. ويرد أنصار الاحالة على ذلك بأن المشاهد أن الدول لا تأخذ جميعها بالاحالة وأنه اذا ما أخذت أحد الدولتين فقط بالاحالة فأن ذلك سيؤدى الى توحيد الحل بين الدولتين. ولكن اذا كانت الفائدة المرجوة من الاحالة لا تتحقق الا اذا طبقت من جانب واحد فان فى ذلك القضاء عليها باعتبارها نظرية عامة.

كذلك ليس بصحيح ما ذهب اليه أنصار الاحالة من تأكيد أهميتها فى مجال تنفيذ الاحكام الأجنبية. فهذا الرأى يقوم أولا على افتراض أن تنفيذ الحكم سيتم حتما فى الدولة التى أشارت قاعدة الاسناد فى قانون القاضى بتطبيق قانونها. وذلك فى حين أن الحكم قد تم تنفيذه فى أية دولة يتبين للمدعى أن من مصلحته تنفيذه فيها. كذلك تفترض هذه الحجة أن الدولة المراد تنفيذ الحكم بها تشترط صدوره وفقا لقواعد الاسناد التى يقضى بها قانونها، فى حين أن مثل هذا الشرط ليس له وجود الا فى

النادر من التشريعات ، وهو شرط آخذ فى الزوال .

## المبحث الثالث

## الاحالة فى النظام القانونى المصرى

**رفض المشرع المصرى لنظرية الاحالة :**

اتخذ المشرع المصرى موقفا حاسما من نظرية الاحالة، فنص فى المادة ٢٧ من القانون المدنى المصرى على أنه "اذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق ، فلا يطبق منه الا أحكامه الداخلية ، دون تلك التى تتعلق بالقانون الدولى الخاص".

ويتضح من هذا النص أن المشرع المصرى رفض صراحة وبصورة مطلقة الأخذ بالاحالة وألزم القاضى الوطنى بالاقتصار على تطبيق القواعد الداخلية فى القانون الأجنبى التى لا تتعلق بالقانون الدولى الخاص. وبعبارة أخرى يتعين على القاضى المصرى عدم تطبيق القواعد المنظمة للعلاقات ذات الطابع الدولى - أى قواعد الاسناد التى يتضمنها القانون الأجنبى - وتطبيق القواعد الخاصة بالعلاقات الوطنية البحتة التى يتضمنها هذا القانون ، "ذلك أن قاعدة الاسناد حين تجعل الاختصاص التشريعى لقانون معين تصدر عن اعتبارات خاصة، وفى قبول الاحالة أيا كان نطاقها تفويت لهذه الاعتبارات ونقض لحقيقة الحكم المقرر فى تلك القاعدة".

**انتقاد الرفض الكلى لفكرة الاحالة :**

وينتقد البعض مسلك المشرع في هذه المسألة ويرى وجوب مناقشة الاحالة فى ضوء وظيفة قاعدة الاسناد[1] ويستند فى ذلك إلى ان

---

[1] انظر رأى الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ص ١١٨.

اتخاذ موقف معين من فكرة الاحالة يجب الا يبنى على الاعتبارات النظرية التى يتمسك بها أنصار أو خصوم الاحالة وانما يجب أن يتحدد فى ضوء وظيفة قاعدة الاسناد والهدف الذى تسعى الى تحقيقه، بحيث يكون قبول الاحالة أو رفضها نتيجة لبحث مدى ملاءمتها لتحقيق وظيفة قاعدة الاسناد والهدف منها . ذلك أن الأحالة لا تعدو فى حقيقة الأمر أن تكون أحدى الاساليب الممكن اتباعها فى أعمال قاعدة الاسناد .

وأن من المسلم به فى المجتمع أن وظيفة قاعدة الاسناد هي تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة والوصول الى أكثر الحلول تلبية لمقتضيات التجارة الدولية . وذلك دون الاخلال بمصالح الدولة الخاصة. ولكى تتحقق هذه الوظيفة على خير وجه يسعى المشرع عند وضعه قاعدة الاسناد الى اخضاع العلاقات القانونية ذات الطابع الدولى الى أكثر القوانين قبولا من الدول المتصلة بالعلاقة ، وذلك حتى يتسنى للعلاقة انتاج أثرها فى كافة هذه الدول ، كما يحرص من جهة أخرى على اخضاع العلاقة الى أكثر القوانين توقعا بالنسبة للأفراد حتى لا يفاجأوا بتطبيق قانون لم يكن من السهل التنبه الى امكان خضوع علاقتهم له. وفى ضوء وظيفة قاعدة الاسناد هذه حاول بحث مدى ملاءمة الأخذ بنظرية الاحالة فى جمهورية مصر العربية .

فالاحالة أما أن تكون الى قانون دولة القاضى وأما أن تكون الى قانون دولة أجنبية أخرى . أما بالنسبة الى الاحالة الى قانون القاضى، أى القانون المصرى ، فيبدو أنه كان من الأفضل النص عليها فى التشريع المصرى، فالأخذ بها فى رأيه لن يتعارض مع وظيفة قاعدة الاسناد بل على العكس من ذلك سيكون أكثر تحقيقا لاهدافها. اذ لا شك أن تطبيق القاضى المصرى لقانونه سيكون مقبولا من النظام القانونى المصرى اذ سيؤدى الى استقرار الحياة القانونية والمعاملات داخل اقليم الدولة والى

توحيد القواعد الموضوعية المطبقة بواسطة القاضى الوطنى ، سواء كانت العلاقة وطنية بحتة أم ذات طابع دولى. ولن يكون فى هذا التطبيق أى مساس بالنظام القانونى الأجنبى المتصل بالعلاقة نظرا لأن هذا التطبيق قد تم بناء على الاحالة الصادرة من النظام القانونى الأجنبى ذاته . فتطبيق القاضى الوطنى لقانونه انما كان نتيجة للأخذ بما تقضى به قاعدة الاسناد التى يتضمنها القانون الأجنبى ذاته .

ولن يخل تطبيق القاضى لقواعده الموضوعية عادة بتوقعات الأفراد الذين يرتبطون باقليم دولة القاضى اذ من السهل عليهم معرفة هذه القواعد ، كما قد يكون من الأفضل بالنسبة لهم تطبيق القاضى للقواعد الموضوعية فى قانونه بدلا من تطبيق قواعد قانونية لدولة قد لا يتمكنون من معرفة قانونها .

أما اذا تبين أن تطبيق القاضى للقواعد الموضوعية فى قانونه ينطوى على اخلال صارخ بتوقعات الأفراد فانه يتعين فى هذه الحالة رفض الاحالة وتطبيق القواعد الموضوعية فى القانون الاجنبى الذى اشارت قاعدة الاسناد الوطنية بتطبيقه .

وأهم مجال قد يتحقق فيه مثل هذا الاخلال هو مجال الاحوال الشخصية. فكثيرا ما تتعارض الأسس التى تقوم عليها مسائل الاحوال الشخصية فى الدول المختلفة تعارضا جذريا نتيجة لارتباط هذه المسائل بالعقائد الدينية . ومن ثم يكون من غير المستساغ قبول الاحالة الى قانون القاضى . اذ لا شك أن فى تطبيق القاضى لقواعده الموضوعية فى هذه الحالة اخلال صارخ بتوقعات الافراد . فاذا ما أثير مثلا نزاع أمام القاضى المصرى بشأن طلاق زوجين انجليزيين مختلفى الملة ومتوطنين فى مصر ، فانه يتعين وفقا لقاعدة الاسناد المصرية تطبيق قانون الجنسية أى القانون الانجليزى . ومن المعلوم أن قاعدة الاسناد الانجليزية تقضى

بتطبيق قانون الموطن أى القانون المصرى . ومن سيترتب على الأخذ بالاحالة فى هذه الحالة تطبيق قواعد الشريعة الاسلامية باعتبارها الشريعة الغالبة . ولاشك أن فى هذا التطبيق اخلال واضح بتوقعات الافراد .

كذلك قد يتحقق الاخلال بتوقعات الأفراد فى مسائل أخرى كالعقود . فقاعدة الاسناد تقضى عادة باخضاع العقد للقانون الذى يختاره المتعاقدان . فاتجاه ارادة المتعاقدين الى اختيار قانون معين لحكم علاقاتهم التعاقدية ينم فى ذات الوقت عن رغبتهم فى اخضاع هذه العلاقة للقواعد الموضوعية التى يتضمنها هذا القانون . ومن ثم لا يجوز فى مثل هذه الحالة تطبيق قواعد الاسناد التى يتضمنها القانون الذى يختاره المتعاقدان اذ قد يؤدى تطبيقها الى اخضاع العلاقة التعاقدية الى قانون آخر مما قد يخل بتوقعاتهم .

أما بالنسبة للأحالة من الدرجة الثانية أو الاحالة المطلقة فانه فى ضوء الوظيفة التى تضطلع بها قاعدة الاسناد ، يتضح أن المشرع المصرى قد جانبه التوفيق كذلك فى رفض هذا النوع من الاحالة . فاذا كان الهدف الرئيسى الذى تسعى الاحالة الى تحقيقه ، كما سبق البيان ، هو تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية واقامة التناسق بينها فى المجال الدولى، وذلك عن طريق تطبيق أكثر القوانين قبولا من الدول المتصلة بالعلاقة ، فان الاحالة من الدرجة الثانية من شأنها أن تسهم فى تحقيق هذا الهدف . فلو فرضنا مثلا أن قاعدة الاسناد المصرية أشارت بتطبيق القانون الهولندى وأن قاعدة الاسناد الهولندية أشارت بدورها الى تطبيق قانون دولة ثالثة كالسويد مثلا فان الأمر لن يخلو من أحد الفروض الآتية :

الفرض الأول : أن يقبل أحد القوانين المحال اليها الاختصاص

بحكم المسألة القانونية كما لو قبل القانون السويدى الاحالة الموجهة اليه من القانون الهولندى وذلك نتيجة لتطابق قاعدة الاسناد فى القانونين.

الفرض الثانى : أن يقوم قانون تمت الاحالة اليه بالاحالة بدوره الى القانون الذى تمت الاحالة منه كما لو أحال القانون السويدى الى القانون الهولندى .

الفرض الثالث : أن يقوم أحد القوانين المحال اليها بالاحالة الى قانون القاضى كما لو أحال القانون السويدى الى القانون المصرى.

الفرض الرابع : أن تستمر الاحالة دون توقف من قانون دولة الى قانون دولة أخرى دون أن يقبل أى قانون الاحالة الموجهة اليه أو يعيد المسألة الى أى من القوانين السابق لها القيام بالاحالة . ويلاحظ أن هذا الفرض الأخير بعيد الاحتمال أن لم يكن مستحيلا نظرا للعدد المحدود لضوابط الاسناد ، ولذلك نرى استبعاده .

أما الفرض الأول والثانى فيشتركان فى أن قانونين على الاقل قد أجمعا على وجوب خضوع المسألة لقانون دولة معينة. ففى الفرض الأول أتفق كل من القانونين الهولندى والسويدى على أحقية القانون السويدى بحكم المسألة . كذلك الحالة بالنسبة للفرض الثانى حيث اجمع القانون السويدى والقانون المصرى على اختصاص القانون الهولندى بحكم النزاع . وازاء اجماع قانونى دولتين على اخضاع النزاع لقانون معين فان هذا القانون المجمع عليه يكون هو الأكثر تحقيقا للتناسق بين النظم القانونية وللقبول من الجماعة الدولية ، ومن ثم فانه يجدر تطبيقه على النزاع اعمالا لفكرة الاحالة على النحو الذى بيناه .

أما الفرض الثالث وهو الذى تمت فيه الاحالة من قانون سبقت الاحالة اليه - وهو القانون السويدى فى مثلنا - الى قانون القاضى فان

الامر لا يختلف فيه عن الاحالة المباشرة الى قانون القاضى (أى الاحالة من الدرجة الأولى أو الرجوع) ومن ثم فان الاعتبارات التى يقوم عليها الاخذ بهذه الأخيرة تدعم هى ذاتها الأخذ بقانون القاضى فى هذا القرض.

من كل ما تقدم يتضح لنا سلامة هذه الوجهة من النظر وأن الأخذ بنظرية الاحالة بنوعيها أمر يسهم فى تحقيق الوظيفة الاساسية لقاعدة الاسناد .

# الفصل الثانى

## النظام العام

**وضع المسألة :** اذا تمكن القاضى من التعرف على القانون الاجنبى، وأستبانت له قواعده وأحكامه ، فإنه يكون ملزماً بتطبيقه وإنزال حكمه على المسألة المعروضة . غير أن هذا لا يكون دائما . فقد يطرأ مانع فنى يحول دون ذلك التطبيق . فقد يتضح للقاضى أن مضمون قواعد القانون الاجنبى يرتطم بالمبادىء والقيم العليا الاجتماعية والخلقية والاقتصادية لمجتمعه الوطنى ، على نحو ظاهر ، بحيث يضحى غير سائغ له تطبيقه رغم ذلك ، وإلا كان حكمه مخالفا للقانون .

فإذا اتضح للقاضى عند تطبيقه لقانون جنسية أطراف العلاقة أن تطبيق هذا القانون يتعارض مع الأسس التى يقوم عليها المجتمع الوطنى ويخدش الشعور العام فيه ، كما لو كان هذا القانون يسمح بالزواج بين الخال وابنة الأخت ، فانه من البديهى أن يبحث القاضى عن صمام أمن يحمى المجتمع الوطنى من القوانين الأجنبية التى تقضى قاعدة الاسناد بتطبيقها هذه القوانين مع المبادىء الأساسية التى يقوم عليها مجتمع دولة القاضى . وقد جرى القضاء وغالبية الفقه على التعبير عن صمام الأمن هذا باصطلاح النظام العام الدولى.

Ordre Public International

وقد ذهب البعض[1] إلى بأن قاعدة الاسناد تنطوى على شقين ،

---

[1] والواقع أن هذه التسمية معيبة ، اذ لا يمكن القول بوجود نظام عام دولى بالمعنى الصحيح . فالنظام العام دائما وطنى ، بمعنى أنه يتحدد وفقا لمعايير مستمدة من المجتمع الداخلى ويعكس الافكار الأساسية لمجتمع الدولة ويطبقه القاضى الوطنى ليغلب به نظامه القانونى على النظم القانونية الاجنبية المتعارضة مع نظامه تعارضا جذريا .
لذلك من الأفضل عدم استعمال هذه التسمية لما توحى به من أن هناك نظاما عاما يشمل الدول جميعا وصادر عن سلطة اسمى من الدول. ويمكن الاستعاضة عن هذه التسمية باصطلاح النظام العام فى مجال القانون الدولى الخاص أو النظام العام فى مجال العلاقات

شق ايجابى وهو الذى يبين القانون الواجب التطبيق على العلاقة ، وشق سلبى وهو الذى يعلق تطبيق القانون الأجنبى على شرط عدم المساس بالأسس التى يقوم عليها النظام القانونى الوطنى. وبذلك يمكن القول بأن النظام العام جزء لا يتجزأ من قاعدة الاسناد وهذه الطبيعة المركبة لقواعد الاسناد تتفق فى الواقع مع الدور الذى يقوم به القانون الدولى الخاص . فقواعد هذا القانون تهدف الى تنظيم المجتمع الدولى للأفراد والى تحقيق التعايش بين النظم القانونية المختلفة . وهى فى سبيل ذلك قد تقضى بوجوب تنازل القانون الوطنى عن حكم العلاقات ذات الطابع الدولى واخضاعها لقانون دولة أجنبية تلبية لمقتضيات الحياة الدولية . غير أن تحقيق هذا الهدف لا يجب أن يكون على حساب المبادىء العليا للمجتمع الوطنى . فاذا كان من شأن التنازل عن حكم علاقة ذات طابع دولى لقانون أجنبى المساس بهذه المصالح تعين استبعاد هذا القانون الأجنبى والامتناع عن تطبيقه على العلاقة .

**المقارنة بين النظام العام والقواعد الآمرة :**

وفكرة النظام العام معروفة فى القانون الداخلى . وهى تتلخص فى القواعد الآمرة التى لا يمكن للافراد مخالفتها باتفاق خاص. أما فى مجال القانون الدولى الخاص فان الدور الذى يضطلع به النظام العام يتلخص فى منع تطبيق القانون الأجنبى الذى أشارت اليه قاعدة الاسناد الوطنية اذا كان تطبيقه يؤدى الى المساس بالأسس التى يقوم عليها المجتمع الوطنى . ومن هنا جرى الفقه التقليدى على التفرقة بين ما أسماه بالنظام العام الداخلى وما أسماه بالنظام العام الدولى .

**١ - اختلاف الوظيفة :**

وهو يبنى هذه التفرقة على اختلاف الوظيفة التى يقوم بها النظام

العام فى مجال القانون الداخلى عن تلك التى يقوم بها فـى مجـال القـانون الدولى الخـاص . فبينمـا تتكفـل فكـرة النظـام العـام فـى القـانون الداخلـى بابطـال اتفاقات الافراد المخالفـة للقواعد الآمـرة فانـها تتكفـل فـى مجـال العلاقات ذات الطابع الدولى باستبعاد القانون الاجنبى بالرغم من أنه هـو الواجب التطبيق علـى النزاع وفقـا لقواعد الاسناد بسبب تعارضـه مـع الأسس التى يقوم عليها النظام القانونى الوطنى .

ومن ثم فان النتيجة التى يؤدى اليها اعمال فكرة النظـام العـام فـى المجال الداخلى تختلف عن النتيجة المترتبة على أعمال هذه الفكـرة فـى مجال القانون الدولى الخـاص . فاعمـال فكـرة النظـام العـام فـى المجـال الداخلى لا يؤدى الى تغيـير فـى الاختصـاص التشـريعى ، بمعنـى أنـه لا يؤدى الى حلول قانون آخر محل القانون الذى يحكم العلاقة أصـلا ، بـل أنه على العكس مـن ذلك يؤكد الاختصـاص التشـريعى لـهذا القـانون ، وذلك عن طريق ابطـال أى اتفـاق مخـالف لأحكـام هـذا القـانون . أمـا فكـر النظـام العـام فـى القـانون الدولـى الخـاص فمـن شـأنها تغيـير الاختصاص التشريعى ، اذ هى تسـتبعد القـانون الواجـب التطبيـق أصـلا على النزاع لتحل محله قـانون آخر لـم يكـن هـو المختـص أصـلا بحكـم النزاع .

**٢ - اختلاف النطاق :**

كذلك يلاحظ أن مجال أعمال فكرة النظام العام فى العلاقـات ذات الطابع الدولى أضيـق مـن مجـال اعمـال فكـرة النظـام العـام فـى المجـال الداخلى. وبعبارة أخرى فان الحالات التى لا يجوز فيها للأفراد الاتفـاق على ما يخالف القاعدة القانونية نظرا ٤٣١ذلكونها من القواعد الآمرة فى القانون الداخلى تفوق بكثير الحـالات التـى يستبعد فيـها تطبيـق القـانون الأجنبى لمخالفته للنظام العام فى الدولة . السبب فى ذلك واضح فاعمـال

فكرة النظام العام فى مجال القانون الدولى الخاص تؤدى الى نتيجة بالغة الخطورة . اذ أنها تقطع المجرى الطبيعى للمعاملات الدولية ولعلاقات الافراد المختلفة فى المجال الدولى وذلك بتعطيلها لقاعدة الاسناد التى تتكفل بتنظيم هذه المعاملات . ومما يزيد من خطورة اعمال هذه الفكرة عدم توقع أطراف العلاقات ذات الطابع الدولى لمثل هذه النتيجة . وذلك فى حين أن اعمال فكرة النظام العام فى المجال الداخلى لا يؤدى الى نتيجة غير متوقعة . اذ أنها تتكفل بحماية القواعد الأمرة فى الدولة . ومن السهل على الأفراد أن يعرفوا مقدما النتيجة المترتبة على الاتفاق على ما يخالف هذه القواعد . لذلك فانه من الطبيعى أن يكون مجال أعمال فكرة النظام العام فى القانون الدولى الخاص أضيق من مجال اعمالها فى علاقات القانون الداخلى . وبعبارة أخرى فان كل ما يعتبر من النظام العام فى المجال الداخلى لا يعد حتما من النظام العام فى مجال العلاقات ذات الطابع الدولى ولا يؤدى دائما الى استبعاد القانون الاجنبى الواجب التطبيق ، وعلى العكس . فان كل ما يعتبر من النظام العام فى العلاقات ذات الطابع الدولى يعد حتما من النظام العام فى المجال الداخلى ولا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفه .

### ٣ - الاتفاق فى الهدف :

بالرغم من الاختلاف بين كل من النظام العام الداخلى والنظام العام فى القانون الدولى الخاص من حيث مجال اعمال كل منها ومن حيث النتيجة المترتبة على هذا الأعمال ، فانه بامعان النظر يتضح لنا ان كلاهما يسعى فى حقيقة الأمر الى تحقيق هدف رئيسى واحد هو حماية النظام القانونى الوطنى وتدعيم قوانين الدولة الأساسية ، سواء عن طريق منع الأفراد من الاتفاق على ما يخالفها أم عن طريق استبعاد القوانين الأجنبية التى لا يتفق تطبيقها على الأسس التى يقوم عليها النظا م القانونى

الوطنى .

وقد نص المشرع المصرى فى المادة ٢٨ من القانون المدنى على أنه "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته النصوص السابقة اذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب فى مصر".

## المبحث الأول

## شروط الدفع بالنظام العام

الواقع أنه لكى يتسنى للقاضى تطبيق قانون دولة غير دولته على المنازعات المطروحة أمامه لابد من توافر اشتراك حقيقى فى الخلفية الاجتماعية والفكرية بين النظام القانونى فى دولة القاضى والنظام القانونى الأجنبى .

وأول من أبرز هذه الفكرة الى حيز الوجود هو الفقيه سافينى حيث اعتبر أن العالم الغربى عالم يربطه تراث قانون واحد هو القانون الرومانى وعقيدة دينية واحدة هى الديانة المسيحية . ومن ثم يوجد بين دوله اشتراك قانونى يسمح بتطبيق كل دولة لقوانين الدول الأخرى.

وعلى ذلك فاذا تخلف الاشتراك القانونى بين دولتين لم يعد فى الامكان تطبيق قوانين أى منهما لدى الأخرى .

ومن العسير تحقق عدم الاشتراك القانونى بشكل مطلق بين دولة وأخرى فى المجتمع الدولى الحديث ، وانما يمكن تحقق عدم الاشتراك فى مجال محدود ، أى بصدد طائفة معينة من العلاقات ، كتلك المتعلقة بمسائل الاحوال الشخصية مثلا . وفى هذه الحالة يتعين عدم تطبيق قانون الدولة الأجنبية بالنسبة لهذه الطائفة من العلاقات فحسب .

وتتلخص الشروط الواجب توافرها لامكان اعمال فكرة النظام العام فى شرطين أساسيين .

**أما الشرط الأول :** فهو أن تؤدى قاعدة الاسناد الى تطبيق قانون أجنبى معين على النزاع . فالدفع بالنظام العام لا يتصور أعماله اذا كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطنى . وذلك حتى فى حالة وجود تنازع قوانين داخلى . اذ أن القوانين محل البحث تكون كلها صادرة من المشرع الوطنى . غير أنه يمكن أن نستثنى من ذلك حالة الدول الفيدرالية التى تشكل كل ولاية فيها وحدة تشريعية مستقلة تمام الاستقلال ومن ثم يمكن تصور وجود اختلاف فى الأسس التى يقوم عليها النظام القانونى فى كل وحدة من هذه الوحدات التشريعية مما يبرر اعمال فكرة النظام العام بمفهومها فى القانون الدولى الخاص [١] .

**أما الشرط الثانى:** فهو توافر احدى مقتضيات النظام العام فى دولة القاضى التى تجعل تطبيق القانون الاجنبى غير مقبول .

غير أن فريقا من الفقه الحديث يرى أن توافر احدى مقتضيات النظام العام الوطنية ليس بالشرط الكافى لامكان اعمال الدفع بالنظام العام وبعبارة أخرى لا يكفى فى رأى هذا الفريق اصطدام الحل الذى يقضى به القانون الأجنبى بالأفكار الأساسية المتعارف عليها فى المجتمع الوطنى اذ أن المطلوب ليس هو البحث عن مدى ملاءمة الحل الذى يقضى به القانون الأجنبى عند النظر اليه فى اطار المجتمع الوطنى لدولة القاضى ، بل أن المطلوب هو معرفة مدى قبول المجتمع الوطنى لهذا الحل لو نظر اليه فى اطار المجتمع الاجنبى نفسه ، أى فى اطار النظام

---

[١] فلو فرضنا مثلا أن أمريكيا من الجنس الأبيض وأمريكية سوداء ينتميان الى ولاية تعتبر اختلاف اللون مانعا من موانع الزواج وأرادا الزواج فى ولاية لا تعتد بوجود مثل هذا المانع فان قاضى الولاية الثانية سيستبعد قانون الولاية الاولى باعتباره مخالفا للنظام العام

القانونى الاجنبى المرتبط بالعلاقة . ومن الأمثلة التى يضربونها على ذلك الدعوى التى يطلب فيها أحد الهنود تبنى شخص كأخ له فى فرنسا. وهم يرون أنه لا يجب على القاضى فى هذه الحالة النظر الى الأمر من وجهة النظر الفرنسية ليقرر ما اذا كانت فكرة تبنى الأخ فكرة مقبولة من المجتمع الفرنسى. بل يتعين عليه أن يتساءل عما اذا كان تبنى هندى بالذات لأخ أمر غير مقبول من المجتمع الفرنسى ، وخاصة اذا أخذنا فى الاعتبار أن الأسرة الهندية لا تقوم الصلة فيها على رابطة الدم فى كثير من الأحيان . بل كثيرا ما تقوم على رابطة التبنى . وفى مثل هذه الحالة يبدو من غير المستساغ القول بأن تطبيق القانون الهندى يتعارض مع النظام العام الفرنسى دون النظر الى الاطار الاجتماعى الذى سينعكس فيه تطبيق هذا القانون .

ويعترض بعض الفقه على هذه الفكرة نظرا لما تؤدى اليه من مشقة فى التطبيق . ذلك أن القاضى الوطنى لا يملك معيارا يقيس به مدى مخالفة القانون الأجنبى للنظام العام سوى المعيار المستمد من نظامه القانونى ، وذلك فى حين أن أنصار الرأى السالف الذكر يطلبون من القاضى عدم التقيد بالأفكار السائدة فى مجتمعه ، فهم يريدون من القاضى أن يتعدى هذه الأفكار ليبحث مدى امكان تقبل المجتمع الوطنى للحل الذى يقضى به القانون الاجنبى اذا نظر اليه فى اطار النظام القانون الاجنبى.

ويتطلب الفقه والقضاء فى ألمانيا توافر شرط آخر ليتسنى اعمال الدفع بالنظام العام . فهم يروى أنه لا يجوز الاعتداد بتعارض القانون الاجنبى مع النظام العام الوطنى الا اذا كانت هناك صلة كافية بين هذا النزاع وبين دولة القاضى . فاذا لم تتوافر هذه الصلة كان من غير المستساغ اعمال القاضى لفكرة النظام العام اذ أن النزاع لا يعنى دولة

القاضى حينئذ فى شىء .

غير أن أنصار هذا الرأى لم يتمكنوا من تحديد المقصود بوجود رابطة بين النزاع وبين دولة القاضى : هل هى رابطة الجنسية أم رابطة الموطن أم رابطة موقع المال ؟ وقد انتهى بعضهم الى أنه اذا لم توجد أية رابطة من الروابط السالفة الذكر فان مجرد رفع النزاع الى محاكم الدولة يكفى لانشاء هذه الرابطة .

ويستند الفقه الالمانى فى تبريره لهذه النظرية الى ذات الأساس المنطقى الذى يبنى عليه اختياره للقانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات الطابع الدولى . اذ يقررون أنه ما دام أن اختيار قانون أجنبى لحكم نزاع معين يتم نتيجة لوجود صلة كافية تربط بين هذا النزاع وبين النظام القانونى الاجنبى فانه لا يستساغ سلب هذا القانون الأجنبى الاختصاص بحكم النزاع نتيجة لاعمال فكرة النظام العام الوطنية الا اذا توافرت كذلك صلة كافية بين النزاع وبين النظام القانونى لدولة القاضى .

ويثور التساؤل حول ما اذا كان وجود قاعدة قانونية مشابهة فى قانون القاضى للقاعدة الموجودة بالقانون الاجنبى يحول دون اعتبار القانون الأجنبى مخالفا للنظام العام .

يمكن القول بصفة عامة أنه من العسير على القاضى القول بأن قانونا أجنبيا معينا يعد مخالفا للنظام العام الوطنى اذا كان قانون القاضى نفسه يحتوى على نفس القاعدة . غير أنه قد يحدث أن يكون النص على القاعدة فى قانون القاضى يهدف الى عكس الغرض الذى يهدف اليه النص عليها فى القانون الأجنبى . ومثال ذلك القوانين التى تنص على قيود متعلقة بالنقد . فاذا كان قانون القاضى يتضمن قيودا متعلقة بالنقد فانه يهدف من وراء ذلك الى حماية اقتصاده الوطنى . واذا كان القانون الأجنبى يتضمن

ذات القيود فانه بذلك يهدف بدوره الى حماية اقتصاد الدولة الأجنبية ضد الدول الأخرى ومنها دولة القاضى . مما قد يترتب عليه الاضرار بمصالح دولة القاضى. لذلك فإن وجود قاعدة من هذا النوع فى كل من القانونين قد لا يحول دون الاستناد الى فكرة النظام العام فى دولة القاضى .

## المبحث الثانى

## مضمون فكرة النظام العام فى العلاقات ذات الطابع الدولى

وبالرغم من حرص الفقه على حصر الحالات التى يمكن بصددها أعمال فكرة النظام العام فى مجال العلاقات ذات الطابع الدولى فان جميع المجهودات لم تنجح فى الوصول الى وضع اطار واضح لمضمون فكرة النظام العام .

ومن الطبيعى ألا يتسنى وضع اطار جامد لمضمون النظام العام اذ أن اعمال هذه الفكرة رهن فى الواقع بالعلاقة بين القانون الأجنبى والنظام القانونى الوطنى عند القيام بتطبيقه على نزاع معين بذاته. ومن الممكن أن تتعدد طبقات فكرة النظام العام بتعدد المنازعات. ولا يمكن أن نعرف مقدما ما اذا كان تطبيق القانون الاجنبى سيترتب عليه مساس بالنظام العام أم لا . هذا فضلا عن ان فكرة النظام العام هى انعكاس للرأى العام وللافكار السائدة فى مجتمع دولة القاضى فى زمن معين . وهذه الأفكار قابلة للتطور والتغير باستمرار كما أنها ليست واحدة فى الدول المختلفة حتى يمكن وضعها فى قالب علمى واضح .

وقد حاول الفقه بالرغم من ذلك وضع عدة معايير يمكن بواسطتها تحديد ما اذا كان القانون الاجنبى يتعارض مع النظام العام فى قانون القاضى ام لا .

فيرى فريق من الفقه أنه يجب كقاعدة عامة استبعاد القانون الاجنبى اذا كان يشتمل على نظم قانونية غير معروفة فى قانون القاضى. غير أن هذا الرأى يبدو متطرفا وقد يترتب على الاخذ به زيادة غير مقبولة للحالات التى يستبعد فيها تطبيق القانون الاجنبى الذى تشير بتطبيقه قواعد الاسناد . هذا فضلا عن أن مجرد تطبيق قانون غير معروف فى دولة القاضى لا يستتبع حتما المساس بالقيم الأساسية والمبادىء السائدة فى دولة القاضى .

ويرى فريق آخر وجوب استبعاد تطبيق القانون الأجنبى بناء على فكرة النظام العام اذا كان ينطوى على مساس بمبادىء العدالة الدولية، أو اذا كان يصطدم بالمبادىء العامة المتعارف عليها فى جماعة الأمم المتحضرة، أو كان يصطدم بمبادىء القانون الطبيعى.

ويضيف القائلون بهذه الفكرة الأخيرة أن من أهم الأسباب التى قد تؤدى الى اعتبار قانون ما مخالفا للنظام العام هو اهداره للحقوق الطبيعية للانسان ومن الأمثلة التى يسوقوها فى هذ الصدد الحالة التى لا يسمح فيها القانون الأجنبى الواجب التطبيق لأم بالاعتراف بابنها غير الشرعى. اذ يتعين حينئذ اعتبار القانون الاجنبى مخالفا للنظام العام لعدم اعترافه بحق من الحقوق الطبيعية للانسان . وهى حقوق يجب احترامها دون حاجة الى النص عليها فى القوانين الوضعية . فاذا كان القانون الاجنبى ينكر مثل هذه الحقوق تعين استبعاده واحلال القانون الوطنى محله لاقرار هذه الحقوق .

ويضيف فريق من الفقه معيارا آخر لتحديد فكرة النظام العام. فيقررون أن القانون الاجنبى يعتبر مخالفا للنظام العام فى دولة القاضى اذا كان يتعارض مع السياسة التشريعية للدولة ، ولو كان هذا القانون الاجنبى فى ذاته لا ينطوى على اية مخالفة لمبادىء العدالة او المبادىء

العامة المتعارف عليها فى الأمم المتحضرة . فاذا كان القانون الاجنبى يتعارض مع احدى الاهداف الهامة التى يرمى تشريع دولة القاضى الى تحقيقها . فان ذلك يخول القاضى استبعاد هذا القانون الاجنبى. ومن أمثلة ذلك رفع دعوى الى القضاء الفرنسى بطلب الاعتراف بالأبوة، واتضح للقاضى أن القانون الفرنسى يشترط رفع هذه الدعوى خلال مهلة قصيرة بينما يسمح القانون الاجنبى برفعها خلال مدة أطول . وان كان طول المهلة المقررة فى القانون الاجنبى لا يشكل مخالفة لمبادىء العدالة أو القانون الطبيعى فانه قد ينطوى مع ذلك على مخالفة للسياسة التشريعية فى دولة القاضى . اذ قد يهدف المشرع باشتراطه رفع مثل هذه الدعاوى خلال مهلة قصيرة الى حماية الافراد من هذا النوع من الدعاوى لتهديدها الاستقرار العائلى . ومن ثم كان للقاضى الوطنى ان يستبعد مثل هذه القوانين تأسيسا على أنها تعوق تحقيق أحد أهداف السياسة التشريعية فى دولة القاضى .

وينوه فريق من الفقه الحديث بوجود اتجاه واضح فى القضاء نحو الوصول الى نظام دولى بالمعنى الحقيقى أى نحو نظام عام لا يمثل مصالح دولة معينة أو يحمى الأسس التى يقوم عليها مجتمع معين ، وانما يمثل المصالح العليا للمجتمع الدولى بأسرة ويستجيب للأهداف السامية التى تسعى اليها الجماعة الدولية .

وبذلك تصبح فكرة النظام العام غير مرتبطة بالنظام القانونى لدولة معينة بل متصلة بالنظام العام ككل ، بحيث تشكل جزءا من القواعد التى تحكمه . ومن الأمثلة التى يسوقونها للتدليل على صحة رأيهم ما قضت به المحاكم الفرنسية من اعتبار عقد بيع الأسلحة المبرم بقصد احداث انقلاب فى دولة أجنبية عقدا باطلا يتنافى مع المبادىء الدولية التى تقضى باحترام سيادة الدولة الأجنبية كذلك قضت هذه المحاكم بأن

عمليات التهريب الموجهة ضد دولة أجنبية تتعارض مع الضمير القانونى للمجتمع الدولى ، ومن ثم تعتبر مخالفة للنظام العام الدولى .

ومن العسير فى رأينا ، فى ضوء هذه المعايير المتعددة والمرنة ، التوصل الى تحديد اطار واضح وجامع لفكرة النظام العام . فالمعايير السالفة الذكر تقتصر على بيان الأوجه المختلفة لفكرة النظام العام. وهذا يتفق مع طبيعة فكرة النظام العام. لأنها فى حقيقتها فكرة وظيفية تهدف الى تحقيق غاية معينة هى حماية النظام القانونى الداخلى . ومن ثم كان من غير المجدى محاولة وضع هذه الفكرة فى اطار نظرى جامد.

## المبحث الثالث

## دور القاضى فى أعمال فكرة النظام العام

ازاء عجز المشرعين والفقهاء عن التوصل الى تعريف واضح ومضمون محدد لفكرة النظام العام كان من الطبيعى أن يتمتع القاضى بسلطة تقديرية واسعة فى هذا المجال . غير أن تمتع القاضى بسلطة تقديرية فى هذا المجال لا يعنى امكان تحديده لما يعد من النظام العام فى ضوء نظرته الشخصية للأمور . فهو يفصل فى النزاع بوصفه ممثلا لمجتمع الدولة ومن ثم ينحصر دوره فى تمثيل الأفكار السائدة فى هذا المجتمع والبحث عن مدى اصطدامها بالقانون الأجنبى الذى تشير اليه قاعدة الاسناد .

ويتعين على القاضى عند قيامه بتحديد مدى اصطدام القانون الأجنبى الواجب التطبيق بالنظام العام فى دولته ألا يقتصر على الرجوع الى القانون الاجنبى بشكل مجرد لتحديد ما اذا كانت احدى أحكامه تتعارض مع مقتضيات النظام العام ، بل يجب عليه أن ينظر كذلك الى الأثر الذى قد يترتب من الناحية العملية على تطبيق حكم القانون الاجنبى

على النزاع ليتبين ما اذا كان الحكم فى هذا النزاع وفقا للقانون الاجنبى ينطوى على مساس بالنظام العام ، حتى ولو كان القانون الاجنبى غير متعارض فى ذاته مع النظام العام فى دولة القاضى . وبعبارة أخرى يمكن القول بأن دور القاضى لا يقف عند حد التحقق من كون القانون الأجنبى يتنافى مع النظام العام أم لا من الناحية النظرية المجردة بل أن هذا الدور يمتد الى بحث النتيجة العملية التى تترتب على تطبيق القانون الاجنبى فعلا على النزاع المطروح أمامه . فقد يحدث أن يكون القانون الاجنبى غير مخالف فى ذاته للنظام العام فى دولة القاضى ولكن يتضح أن تطبيقه على النزاع سيؤدى الى نتيجة تتعارض مع النظام العام . ومن الأمثلة الهامة على ذلك قضية شهيرة طرحت على المحاكم الفرنسية حديثا تعرف باسم قضية Potino واتضح فيها أن تطبيق القانونين الأجنبيين اللذين تشير اليهما قاعدة الاسناد الفرنسية (وهما القانون الأسبانى والقانون البوليفى) سيؤديان الى نتيجة تتعارض مع النظام العام فى فرنسا. اذ سيترتب على تطبيقهما على النزاع عدم امكان حل رابطة الزوجية على الاطلاق . سواء بالطلاق أن بالانفصال الجسمانى . وهذه النتيجة تتعارض مع مقتضيات النظام العام الفرنسى . اذ أن امكان انهاء رابطة الزوجية يعتبر من المبادىء الأساسية فى فرنسا . وهذه النتيجة المخالفة للنظام العام انما نجمت عن تطبيق قانونين لا يعتبران فى ذاتهما مخالفين للنظام العام فى فرنسا . فالقانون الاسبانى يسمح بانهاء رابطة الزوجية بالانفصال الجسمانى فقط ولا يسمح بالطلاق ، والقانون البوليفى يسمح بدوره بانهاء رابطة الزوجية عن طريق الطلاق فقط ولا يسمح بالانفصال الجسمانى . فبالرغم من عدم تعارض أى من القانونين مع النظام العام الفرنسى فان تطبيقهما معا على النزاع من شأنه أن يؤدى الى نتيجة مخالفة للنظام العام الفرنسى وهى عدم امكان وضع حد لرابطة الزوجية سواء عن طريق الطلاق أو الانفصال الجسمانى .

غير أن دور القاضى لا يجب أن يقتصر على التحقق من تعارض أحكام القانون الأجنبى مع المبادىء التى تعد أساسية لحياة المجتمع الداخلى فى دولته ، بل يجب أن يتحقق القاضى من أن هذه المبادىء ستظل محتفظة باهميتها لو انتقلنا بها من مجال العلاقات الداخلية الى مجال المعاملات الدولية ، وذلك نظرا لاختلاف مقتضيات المعاملات الدولية عن مقتضيات المعاملات الوطنية البحتة .

ومن أهم الأمثلة على ذلك ما ذهب اليه القضاء بالنسبة للشرط المعروف بشرط الذهب الذى قد يلجأ الأفراد الى النص عليه فى عقودهم لتلافى أنهيار العملة الوطنية . ومن المعلوم أن قضاء الكثير من الدول وتشريعاتها يحرم النص على مثل لهذا الشرط فى العقود الوطنية . ويعتبره مخالفا للنظام العام نظرا لما يؤدى اليه من اضعاف الثقة بالعملة الوطنية . وقد ثار التساؤل أمام القضاء الفرنسى حول ما اذا كان الشرط المذكور يعتبر مخالفا للنظام العام فى مجال العقود الدولية . وقد رأى القضاء الفرنسى انه من العسير التسوية بين العقود الوطنية البحتة والعقود ذات الطابع الدولى نظرا لاختلاف الاعتبارات المهيمنة على كل من النوعين . وقدر أن المعاملات الدولية لا يمكن لها الاستمرار الا اذا توافرت لها ضمانات معينة كشرط الدفع بالذهب. كما قدر القضاء انه اذا كان اشتراط الدفع بالذهب فى مجال المعاملات الداخلية يتضمن خطورة على العملة الوطنية فان وجود نفس الشرط فى المعاملات الدولية لا ينطوى على نفس الخطورة . ومن ثم لم يعتبر القضاء الفرنسى وجود مثل هذا الشرط فى عقود الاستيراد والتصدير أو فى القروض الدولية مخالفا للنظام العام.

ومن ثم يتضح لنا وجوب عدم تقيد القاضى الوطنى عند اعماله لفكرة النظام العام فى مجال القانون الدولى الخاص بنفس الاعتبارات التى

يلتزم بها عند تحديده لما يعتبر من النظام العام فى المجال الداخلى. ويعتبر تحديد القاضى لفكرة النظام العام من المسائل المتعلقة بالقانون. ومن ثم فانها تخضع لرقابة محكمة النقض . ذلك أنها شرط لازم لاعمال قاعدة الاسناد وجزء لا يتجزأ من هذه القاعدة كما سبق لنا البيان .

ولما كانت فكرة النظام العام تتغير من حيث الزمان نظرا لارتباطها بالأفكار السائدة فى وقت معين بمجتمع الدولة فان التساؤل يثور حول تحديد اللحظة التى يجب أن يحدد القاضى مفهوم النظام العام بالرجوع اليها: هل يعين على القاضى الرجوع الى وقت نشوء العلاقة ليتبين مدى تعارضها مع النظام العام أم هل يتعين عليه التقيد بالمفهوم السائد للنظام العام وقت طرح النزاع عليه ؟

يتجه الفقه والقضاء بصفة عامة الى وجوب تقيد القاضى بمفهوم النظام العام السائد فى دولته وقت رفع النزاع اليه، فاذا ثبت له تعارض القانون الأجنبى مع هذا المفهوم كان عليه استبعاد هذا القانون الأجنبى ، حتى ولو لم يكن هذا القانون متعارضا مع النظام العام وقت نشوء العلاقة موضوع النزاع .

وننوه أخيرا بوجوب مراعاة القضاء لمنتهى الحذر عند استعانته بفكرة النظام العام فى مجال العلاقات ذات الطابع الدولى نظرا لمرونتها ولما قد يترتب على اعمالها من تعطيل لقواعد الاسناد وبالتالى تعطيل للمجرى الطبيعى للمعاملات الدولية.

## المبحث الرابع

## أثر الدفع بالنظام العام

### ١ - الأثر السلبى : استبعاد القانون الأجنبى :

يترتب على اعمال الدفع بالنظام العام أثر هام هو استبعاد أحكام القانون الأجنبى المتعارضة مع النظام العام فى دولة القاضى . فالهدف الرئيسى لاعمال الدفع بالنظام العام هو عدم السماح لقواعد القانون الأجنبى بالاندماج فى النظام القانونى الوطنى نظرا للتنافر القائم بينها وبين أسس هذا النظام القانونى .

غير أن السؤال عن مدى استبعاد القانون الاجنبى : هل نستبعد القانون الأجنبى برمته أم نقتصر على استبعاد الجزء المتعارض فعلا مع النظام العام الوطنى فى هذا القانون ؟

يقرر فريق من الفقه وجوب استبعاد القانون الاجنبى برمته اذا ما تعارض أى حكم من أحكامه مع النظام العام الوطنى . اذ يرون أن استبعاد جزء فقط من القانون الاجنبى وتطبيق اجزائه الاخرى الغير متعارضة مع النظام العام يؤدى الى مسخ القانون الاجنبى وتطبيقه بشكل يخالف ارادة المشرع الذى وضعه . بل ان هذا التطبيق ينطوى على مخالفة لقاعدة الاسناد فى دولة القاضى اذ هى تهدف الى تطبيق القانون الاجنبى كاملا ولا تقصد بعض احكامه دون البعض الآخر .

غير أن غالبية الفقه ترى وجوب استبعاد الجزء المخالف للنظام العام فى القانون الاجنبى دون بقية الأجزاء ، بحيث يستطيع القاضى أن يقتصر على تطبيق احكام القانون الأجنبى التى لا تتعارض مع النظام العام الوطنى . وهذا الحل أكثر اتفاقا فى الواقع مع مفهوم الدفع بالنظام العام والغرض من أعماله . ذلك أن أعمال الدفع بالنظام العام لا يهدف الى اصدار حكم على القانون الاجنبى فى ذاته وانما يهدف الى منع

النتيجة المنافية للنظام العام التى يؤدى اليها تطبيق بعض أحكام القانون الأجنبى . فاذا أمكن تلافى هذه النتيجة باستبعاد جزء من القانون الاجنبى فقط ، فليس ثمة داع لعدم تطبيق أحكام القانون الاجنبى الأخرى التى لا تتعارض مع النظام العام . وليس فى هذا الحل مساس بقاعدة الاسناد الوطنية كما أنه ليس فيه تجاهل للمشرع الأجنبى ، اذ أن هذا الحل يهدف الى الاحتفاظ للقانون الاجنبى ولقاعدة الاسناد التى قررت تطبيقه بأكبر قسط من الفاعلية . وذلك فى حين أن الرأى الأول يؤدى فى الواقع الى اهدار قاعدة الاسناد الوطنية اذ أنه يستبعد القانون الواجب التطبيق برمته. ومن الأمثلة على ذلك الحالة التى يقضى فيها القانون الاجنبى بالموت المدنى بالنسبة لأشخاص معينين . فان مثل هذا القانون يعد مخالفا للنظام العام فى الدول الأخرى ومن ثم يتعين استبعاد القاعدة القاضية بالموت المدنى . غير أن السؤال يثور حينئذ عن كيفية تحديد أهلية هذا الشخص الذى رفضنا تطبيق فكرة الموت المدنى بشأنه .

يرى القضاء والفقه الفرنسى وجوب الرجوع حينئذ للقانون الاجنبى نفسه بعد استبعاد الجزء المخالف للنظام العام فيه لتحديد الأهلية وتنظيمها بالنسبة لهذا الشخص .

ومع ذلك فهناك حالة قد يضطر فيها القاضى الوطنى الى استبعاد القانون الأجنبى بأكمله وعدم الاقتصار على استبعاد الجزء المخالف للنظام العام ، وهى الحالة التى يترتب فيها على استبعاد الجزء المخالف أصلا . وبعبارة أخرى فانه اذا تبين ان بقية اجزاء القانون الأجنبى مرتبطة بالجزء المخالف للنظام العام ارتباط السبب بالنتيجة، أى اذا كان الجزء المخالف للنظام العام يمثل السبب الرئيسى لوجود هذا القانون، فان استبعاد هذا الجزء يستلزم استبعاد بقية أجزاء القانون الأجنبى المرتبطة به.

ويمكن تشبيه هذه الحالة بالعقد الذى يتضمن شرطاً غير مشروع . فاذا كان الشرط غير المشروع يمثل الباعث الحافز للعقد بحيث لا يمكن أن تقوم للعقد قائمة بدونه تعين ابطال العقد بأسره .

**٢ - الأثر الايجابى : حلول قانون القاضى محل القانون المستبعد :**

يرى فريق من الفقه أنه قد يكفى أحيانا اعمال الأثر السلبى. أى استبعاد القانون الأجنبى ، دون حاجة لاعمال قانون آخر . ومثال ذلك الحالة التى يسمح فيها القانون الاجنبى بنشوء علاقة لا يسمح بنشوئها القانون الوطنى ، كالزواج بين مسلمة وغير مسلم . ففى هذه الحالة يقتصر دور النظام العام على استبعاد القانون الاجنبى الذى يجيز الزواج. وليس ثمة حاجة لتطبيق قانون آخر لأن الغاية المقصود وهى عدم السماح بالزواج قد تحققت باستبعاد القانون الاجنبى .

غير أن هذه النظرة تتسم فى الواقع بشىء من السطحية اذ أن استبعاد القانون الاجنبى الواجب التطبيق على العلاقة يؤدى فى جميع الحالات الى خلق فراغ قانونى مما يستلزم البحث عن قاعدة قانونية أخرى لحكم العلاقة . ففى المثل الذى ذكرناه يتعين بعد استبعاد القانون الأجنبى الذى يجيز الزواج احلال قانون القاضى محله، وهذا القانون هو الذى يقرر منع قيام مثل هذا الزواج . فقانون القاضى قد تدخل فعلا لحكم العلاقة ، وان كان تدخله قد تم بشكل ضمنى اذ أنه تدخل لمنع نشوء علاقة.

وقد يتدخل قانون القاضى بشكل صريح وذلك اذا ما ترتب على تطبيقه انشاء علاقة لا يسمح بها القانون الاجنبى المستبعد . فاذا كان القانون الأجنبى يحرم مثلا الزواج بسبب اختلاف الجنس بينما قانون القاضى يبيحه . فانه يتعين فى هذه الحالة استبعاد القانون الأجنبى الذى

يمنع نشوء العلاقة وتطبيق قانون القاضى الذى يسمح بنشوء العلاقة .

غير أن الفقه الألمانى يرى عدم وجوب احلال قانون القاضى محل أحكام القانون الاجنبى التى تم استبعادها ، بل يتعين فى رأيهم البحث فى القانون الأجنبى نفسه عن قاعدة أخرى تحل محل القاعدة المستبعدة من نفس القانون . ذلك أن قاعدة الاسناد الوطنية تقضى بتطبيقه القانون الأجنبى، وقد يترتب على اعمال فكرة النظام العام استبعاد الأجزاء المخالفة للنظام العام فى هذا القانون ، ولكن هذا ليس معناه تطبيق قانون القاضى ، اذا أن النظام العام بمثابة الاستثناء بالنسبة لقاعدة الاسناد من ثم يجب أن يتم تفسيره فى اضيق الحدود . ويجب الا نستنتج أن استبعاد بعض قواعد القانون الأجنبى يعنى الرجوع الى قواعد قانون القاضى. بل يجب أن نسعى الى تكملة النقص بالاستعانة باحكام القانون الاجنبى الواجب التطبيق أصلاً .

ومن أحكام المحاكم الالمانية الشهيرة فى هذا الصدد حكم أصدرته محكمة الرايخ الالمانى فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٢ فى قضية تتعلق بدين خاضع للقانون السويسرى وكان القانون السويسرى يقضى بعدم تقادم الدين . ولما كان القاضى الالمانى لا يقر مبدأ عدم تقادم الدين ويعتبره مخالفا للنظام العام الألمانى ، فقد اضطرت المحكمة الى استبعاد قاعدة القانون السويسرى التى تقضى بعدم التقادم ولكن لم تحل محلها قاعدة التقادم المنصوص عليها فى قانون القاضى الألمانى ، وانما احلت محلها قاعدة القانون السويسرى الخاصة بالتقادم وأخذت بأطول مدة يأخذ بها القانون السويسرى فى التقادم .

ويرى الفقه الألمانى أن احلال قانون القاضى محل القانون الأجنبى المخالف للنظام العام يجب ألا يتم الا اذا لم توجد فى القانون الأجنبى نفسه قاعدة أخرى يمكن احلالها محل القاعدة المستبعدة.

ويستند الفقهاء الألمان فى تبرير نظريتهم الى حجة لها وزنها. فهم يرون أن احلال قانون القاضى محل القانون الأجنبى من شأنه جعل تحديد القانون الواجب التطبيق رهن بالمحكمة التى قد يطرح عليها النزاع وهو أمر خاضع للصدفة . كما ينوهون بأن مقتضيات النظام العام لا تتطلب أكثر من استبعاد حكم القانون الأجنبى المخالف له . فهى لا تستلزم تطبيق قانون القاضى بالذات . بل يجب الاستمرار فى تطبيق القانون الاجنبى الذى تقضى بتطبيقه قاعدة الاسناد مستعينين باحدى قواعده الاخرى لتحل محل القاعدة المستبعدة .

وقد نادى فريق آخر من الفقهاء بحل مستحدث يتلافى به عيوب اللجوء الى قانون القاضى واحلاله محل القانون الاجنبى المستبعد . ويرى هذا الفريق من الفقه أن احلال قانون القاضى محل القانون الأجنبى المستبعد قد يخل بتوقعات الأفراد ويضر بالذات بالطرف الضعيف فى العلاقات القانونية باخضاعه لقانون لم يكن يتوقعه. لذلك يرى اصحاب هذا الرأى وجوب البحث عن أصلح القوانين بالنسبة للطرف الضعيف فى العلاقة واحلال هذا القانون محل القانون الاجنبى المستبعد .

غير أنه يؤخذ على هذا الرأى أنه ينطوى على مصادرة على المطلوب، اذ أن تحديد الطرف الضعيف الواجب حمايته متوقف فى الواقع على ما تقضى به القاعدة القانونية التى ستحكم العلاقة . ولا يمكن معرفته طالما لم نهتد الى القانون الواجب التطبيق .

ويبدو لنا أن احلال قانون القاضى محل القانون الأجنبى الذى تم استبعاده هو أسلم الحلول . وهو الحل المأخوذ به فى العديد من النظم القانونية ، كالنظام القانونى الفرنسى والنظام القانونى الايطالى والنظام القانونى المصرى .

غير أنـه يمكن تصـور حالـة قد يحل فيها قـانون آخر غير قانون القاضـى محل القانون الأجنبى المستبعد ، وهى الحالة التى نقبل فيها الاخذ بالاحالـة المطلقة أو الاحالـة مـن الدرجـة الـثانية ، وتتعارض فيهـا أحكـام القـانون الاجنبى الـذى أحالت اليه قاعدة الاسناد الأجنبية مع أحكام القانون الأجنبى الـذى أشـارت بتطبيقه قـاعدة الاسـناد الوطنية . ففى هذه الحالة لا يقوم القاضـى بتطبيق الأحكـام الموضـوعية فى قانونـه وانمـا يـتعين عليه تطبيق أحكام القانون الاجنبى الذى أشارت بتطبيقه قاعدة الاسناد الوطنية.

وقد يحدث أحيانـا ألا يتسنى احـلال قـانون القاضـى محل القـانون الاجنبى المستبعد نظرا لعدم وجود أحكام قانونية صـالحة لحكم العلاقة فى قـانون القاضــى . وقـد ثـارت هـذه المشـكلة أمـام القضـاء المغـربى بشـأن مـنازعات متعـلقة بـالأحوال الشخصـية للاجـانب . وقـد اسـتعان القاضــى الوطـنى فى هذه الحالـة بمبادىء القانون الطبيعى لتطبيقها بدلا من القانون الأجنبى الذى تم استبعاده .

**٣ - الأثر المخفف للنظام العام :**

اسـتقر الفقـه والقضـاء فى مختـلف الـدول علـى الـتفرقة بيـن الحالـة التى يراد فيها انشاء مركز قانونى فى دولة القاضى والحالة التى يراد فيها مجرد الاحتجاج أو تـرتيب آثـار معينـة علـى مركـز قـانونى تـم نشـوءه فى الخـارج . ويرون أن أثر النظام العام يختلف بالنسبة لكل حالة من الحالتين .

فبالنسـبة للمراكز القانونية التى تم نشوءها بـالخارج لا يكون للنظام العـام نفس الأثـر الـذى يكـون لـه بصـدد مركز قانونـى يراد انشاؤه فى دولـة القاضــى نفسـها . ذلـك أن الشـعور العـام فى دولـة القاضــى لا يـتأثر ازاء مركـز أو علاقـة تـم نشـوءها فى الخـارج بـنفس القـدر الـذى يتأثر به اذا ما

أريد انشاء نفس العلاقة داخل اقليم دولة القاضى. فمن غير المستساغ مثلا أن يسمح القاضى الفرنسى للأجنبى بأنشاء علاقة لا يبيحها القانون الفرنسى . كالزواج بأكثر من زوجة داخل الأقليم الفرنسى، نظرا لما يؤدى اليه ذلك من مساس واضح بالأسس التى يقوم عليها نظام الاسرة فى فرنسا، فى حين أنه اذا قام الأجنبى بابرام نفس الزواج خارج الاقليم الفرنسى فان مجرد امتداد آثار العلاقة الى فرنسا لن يخدش الشعور العام بنفس الدرجة والأمثلة على الأثر المخفف لاعمال فكرة النظام العام عديدة . فقد جرى القضاء فى كثير من الدول على السماح لمراكز قانونية تم نشوءها بالخارج كانهاء رابطة الزوجية بالتطليق مثلا بانتاج آثارها داخل اقليم دولة القاضى رغم انها كانت ستصطدم بالنظام العام لو أريد انشاؤها فى دولة القاضى . أما لأن النظام القانونى فى دولة القاضى لا يسمح بأنهاء رابطة الزوجية بالتطليق على الاطلاق كما كان الحال فى ايطاليا، أو لأن المشرع الوطنى لا يجيز الحكم بالتطليق الا لأسباب حددها على سبيل الحصر ولم يكن التطليق الذى تم بالخارج مبنيا على أى منها. كذلك استقر القضاء الفرنسى على اعتبار الشركة التى تؤسس فى الخارج من شخص واحد صحيحة فى فرنسا عندما كان المشرع الفرنسى لا يسمح بانشاء هذه الشركة فى فرنسا لمخالفتها للنظام العام .

ويلاحظ أن فكرة الأثر المخفف للنظام العام لا تعنى عدم اعمال الدفع بالنظام العام على الاطلاق بالنسبة للمراكز القانونية التى تم نشوءها فى الخارج أو الحقوق التى تم اكتسابها فى الخارج . بل هى تعنى فقط عدم اعمال هذا الدفع بالنسبة لهذه الفئة بنفس الدرجة التى يتم بها اعماله ازاء المراكز القانونية التى يراد انشاؤها داخل دولة القاضى. وبعبارة أخرى فان القاضى الوطنى لا يعمل الدفع بالنظام العام بالنسبة للمراكز القانونية التى تم نشوءها بالخارج بالنظر الى المركز القانونى نفسه ومدى اتفاقه مع أسس النظام القانونى الوطنى. اذ أن المركز القانونى الذى تم

نشوءه فى الخارج لا صلة له بالنظام القانونى الوطنى حتى يتعين البحث عن مدى اصطدامه بالنظام العام فى دولة القاضى . وطالما كانت هذه الآثار فى ذاتها غير متنافية مع مقتضيات النظام العام الوطنى فليس ثمة مبرر لاعمال الدفع بالنظام العام بشأنها . أما اذا تبين أن هذه الآثار ذاتها تتنافى مع النظام العام الوطنية فيتعين حينئذ اعمال الدفع بشأنها .

والواقع أن الأثر المخفف للنظام العام - أى عدم اعمال الدفع ازاء المراكز القانونية والحقوق التى تنشأ فى الخارج بنفس الدرجة التى يتم بها اعماله ازاء المراكز والحقوق التى يراد انشاؤها داخل دولة القاضى - أمر يقتضيه اضطراد المعاملات الدولية. فاعمال فكرة النظام العام لتعطيل آثار المراكز والحقوق التى تتم خارج دولة القاضى من شأنه الحد من العلاقات القانونية التى تمتد عبر حدود الدول بشكل قد يهدد حياة المجتمع الدولى للأفراد ويصيب التجارة الدولية بأبلغ الأضرار نظرا لحرمانها مما تحتاج اليه من تأمين لحقوق الدائنين فى المجال الدولى.

**٤ - عدم امتداد آثار النظام العام خارج دولة القاضى :**

ولما كان الدفع بالنظام العام تعبير عن مصالح المجتمع الوطنى العليا وصمام أمن يلجأ اليه القاضى الوطنى ليحمى نظامه القانونى من القوانين الاجنبية التى تتعارض مع الأسس التى يقوم عليها نظامه القانونى فانه من المنطق الا يترتب على فكرة النظام العام أى أثر خارج حدود دولة القاضى . بعبارة أخرى لا يجوز امتداد آثار فكرة النظام العام فى دولة أجنبية الى دولة القاضى .

فلو فرضنا أن شخصين يريدان انشاء علاقة كالزواج مثلا فى دولة معينة ، وكان قانونهما الشخصى الواجب التطبيق لا يسمح بانشاء

هذه العلاقة لقيام مانع مثل اختلاف اللون[١] وذلك فى حين أن قانون هذه الدولة يعتبر هذا المانع مخالفا للنظام العام ويجيز انشاء العلاقة. فاذا تم الزواج اعمالا لفكرة النظام العام فى هذه الدولة فانه من المسلم به عدم امكان ترتيب أى أثر هذا الزواج لدى أية دولة يعتبر فيها اختلاف اللون مانعا من موانع الزواج . اذ أن الزواج الذى يتم وفقا لفكرة النظام العام فى الدولة الأولى سيصطدم بفكرة النظام العام فى الدولة الثانية. ولكن هل يجوز الاحتجاج بهذا الزواج فى دولة ثالثة تعتبر بدورها المانع المستمد من اختلاف اللون مخالفا للنظام العام ؟

يرفض فريق من الفقه ترتيب أى أثر على مثل هذه العلاقة التى نشأت فى دولة أجنبية تطبيقا لفكرة النظام العام فيها بالرغم من اتحاد مفهوم هذه الفكرة بين هذه الدولة ودولة القاضى . وذلك استنادا الى مبدأ وطنية النظام العام . ومقتضاه أن قانون الدولة الذى يطبق على علاقة ما أعمالا لمقتضيات النظام العام لا يجب ان يتعدى آثاره هذه الدولة.

غير أن هذه النتيجة تبدو مجافية لمنطق الأشياء . ذلك أن اتفاق مفهوم النظام العام فى كل من دولة القاضى والدولة الأجنبية سيترتب عليه وصول قاضى الدولة الى نفس النتيجة لو كان النزاع قد طرح عليه ابتداءا . فلو رجعنا للمثل الذى ضربناه لوجدنا أن الزوج الذى تم فى دولة ما اعمالا لفكرة النظام العام التى تستبعد مانع اختلاف اللون كان سيتم حتما كذلك فى دولة القاضى طالما كان النظام العام فى هذه الأخيرة يقضى بدوره باستبعاد ذات المانع . ومن ثم فانه من غير المستساغ رفض

---

[١] كما هو الحال فى بعض الولايات الأمريكية مثلا . وقد أتى الفقيه Batiffol بمثال آخر لتوضيح هذه الحالة، وهو ابرام زواج فى بلجيكا بين بولنديين بالرغم من ان قانونهما الشخصى لا يسمح بهذا الزواج لقيام مانع اختلاف الدين وهو مانع يستبعده القانون البلجيكى لمخالفته للنظام العام ويتساءل الفقيه المذكور عن مدى امكان الاعتراف بهذا الزواج فى فرنسا وهى تتفق مع بلجيكا من حيث اعتبار الموانع الدينية للزواج مخالفة للنظام العام . أنظر مؤلفه Traite (الطبعة الرابعة) ص ٤١٧.

الحل الذى توصلت اليه الدولة الأجنبية لمجرد أن هذا الحل قد تم التوصل اليه أخذا بمقتضيات النظام العام فيها اذا كانت هذه المقتضيات تتفق مع مقتضيات النظام العام فى دولة القاضى . لذلك يرى فريق من الفقه الحديث وجوب اقرار العلاقة التى نشأت فى الدولة الأجنبية اعمالا لما أسموه بفكرة الأثر الانعكاسى Effect raflexe للنظام العام الأجنبى . اذ أن النظام العام الأجنبى . لم يكن فى حقيقة الأمر سوى أداة للتعبير عن مضمون النظام العام الوطنى ذاته . ومن ثم فان انشاء العلاقة وفقا له كان بمثابة أعمال للنظام العام فى دولة القاضى .

وهذا الحل الأخير وأن كان يتعارض فى ظاهره مع مبدأ وطنية النظام العام الا انه لا يخل بجوهر المبدأ ذاته . والقول بغير ذلك من شأنه الأضرار بالمعاملات الدولية دون مبرر . اذ سيترتب على الأخذ به ابطال العلاقات ذات الطابع الدولى التى نشأت فى الخارج بالرغم من أن نشوءها جاء متفقا مع الأفكار القانونية فى دولة القاضى ذاتها[١] .

## المبحث الخامس

## اثر الاتفاقيات الدولية فى اعمال فكرة النظام العام

اذا كانت قاعدة الاسناد المطلوب من القاضى تطبيقها قد تقررت بمقتضى اتفاقية دولية فان السؤال يثور عما اذا كان القاضى الوطنى يملك استنادا الى فكرة النظام العام فى دولته استبعاد القانون الأجنبى الذى تشير اليه القاعدة التى تضمنتها المعاهدة . وقد أثار هذا السؤال خلافا فى فقه القانون الدولى الخاص ، وسبب المشكلة هو صعوبة التوفيق فى هذا الصدد بين مبدأين أساسين. المبدأ الأول هو التزام دولة القاضى بمقتضى الاتفاقية التى وقعتها بتطبيق قاعدة الاسناد الواردة بالاتفاقية ، والمبدأ

---

[١] انظر الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق .

الثانى هو عدم امكان تطبيق القاضى لقانون أجنبى يتعارض مع الأسس التى يقوم عليها النظام القانونى الوطنى .

وقد يتنبه واضعوا الاتفاقية الى هذه المشكلة فيسعون الى تلافيها مقدما بنص صريح فى الاتفاقية يقضى بتفصيل احد المبدأين السالفى الذكر .

فقد ينص فى الاتفاقية مثلا على حق الدولة الأعضاء فى الاتفاقية على استبعاد تطبيق القانون الذى تشير اليه قاعدة الاسناد الواردة بالاتفاقية اذا تعارض هذا القانون مع النظام العام فى دولة القاضى المعروض عليه النزاع . وفى هذه الحالة لا يكون هناك مجال لقيام المشكلة .

وعلى العكس من ذلك قد تتضمن الاتفاقية النص صراحة على عدم امكان لجوء القاضى الوطنى فى الدول الاعضاء فى الاتفاقية الى فكرة النظام العام لاستبعاد القانون الذى تقضى قواعد الاتفاقية بتطبيقه. وحينئذ لا يجوز للقاضى الوطنى الامتناع عن تطبيق القانون الاجنبى بالرغم من تعارضه مع النظام العام فى دولته نظرا لتنازل دولته صراحة عن حقها فى استعمال الدفع بالنظام العام. غير أنه يحق للقاضى الوطنى ، بالرغم من ذلك . استبعاد تطبيق القانون الاجنبى اذا ثبت أن هذا القانون لا يتعارض مع النظام العام فى دولة القاضى فحسب وانما يتعارض مع النظام العام للمجتمع الدولى بأسره اذ أن النظام العام الأخير يشكل الاطار العام الذى لا يجوز للدول الأطراف فى الاتفاقية الخروج عنه. واذا كان للدول الأطراف الحق فى اعطاء الأولوية للقاعدة الاتفاقية حتى ولو تعارضت مع الأسس التى يقوم عليها المجتمع الوطنى فى كل منها. فانها لا تملك اعطاء الأولوية للقاعدة الاتفاقية على المبادىء العامة التى تحكم المجتمع الدولى .

ويثور السؤال أخيرا عما اذا كان تنازل الدول المتعاقدة عن اعمال النظام العام بصدد مسألة معينة يقتصر أثره على الدول الأطراف فى الاتفاقية أم أنه يترتب على هذا التنازل عدم امكان اعمال النظام العام بصدد هذه المسألة بشكل مطلق ، أى حتى فى مواجهة الدول الغير أطراف فى الاتفاقية . فلو فرضنا مثلا أن الاتفاقية تتضمن النص على عدم امكان اعمال النظام العام بالنسبة لأحكام التطليق الصادرة من محاكم الدول الأطراف فى الاتفاقية . فهل معنى ذلك أن الاعتراف بأحكام التطليق الأجنبية لم يعد مخالفا للنظام العام أيا كانت الدولة التى صدر فيها حكم أم أنه يمكن اعتبار هذه الاحكام مخالفة للنظام العام اذا ما صدرت من محاكم دولة ليست طرفا فى الاتفاقية ؟

لاشك أن تنازل احدى الدول المتعاقدة عن تمسكها بحق معين انما هو امتياز تمنحه الدولة الى الدول الأخرى الأطراف فى المعاهدة مقابل حصولها على حق مماثل . لذلك كان من المنطقى القول بأن تنازل الدولة عن التمسك بحق معين فى مواجهة الدول الأطراف فى الاتفاقية لا يعنى تنازلها عن هذا الحق بالنسبة لكافة الدول الأخرى . غير أن أعمال هذا المنطق فى مجال النظام العام لا يتفق مع طبيعة النظام العام . فالنظام العام بوصفه تعبيرا عن الأسس التى يقوم عليها النظام القانونى فى مجتمع الدولة لا يمكن أن يتجزأ أو يختلف باختلاف الدولة المراد تطبيق قانونها . فهو يتسم بطابع العمومية والوحدة . فاذا قررت الدولة عدم اعتبار حلا معينا مخالفا للنظام العام فيها بالنسبة لنزاع معين فمن غير المقبول أن تعتبر نفس الحل مخالفا للنظام العام فى منازعات أخرى مماثلة.

وعلى ذلك فاذا قامت دولة من الدول التى تعتبر التطليق مخالفا للنظام العام فيها بابرام اتفاقية تلتزم فيها بالاعتراف بأحكام التطليق الصادرة من محاكم الدول الأطراف فى الاتفاقية فان ذلك يفيد أن أحكام

التطليق الصادرة فى الخارج لم تعد مخالفة للنظام العام فى هذه الدولة . ذلك أن فكرة النظام العام تقوم على معايير موضوعية لا تتغير بتغير الدولة المطلوب تطبيق قانونها أو الاعتراف بأحكامها .[١]

## الفصل الثالث

## التحايل على القانون

قد لا يبلغ القانون واجب التطبيق غايته فى حكم العلاقة محل النزاع. وقد يرجع العائق الى سلوك أطراف تلك العلاقة ، ومحاولتهم تجنب ذلك القانون بتغيير ضابط الاسناد الذى يختاره عن طريقه ، كأن يغير أحدهم جنسيته ، أو موطنه ، أو ينقل المال محل النزاع ... وهنا يرد القاضى عليه بنقيض مقصوده ، ولا يطبق القانون الذى تم تغيير ضابط الاسناد لصالحه ، بل يطبق القانون الذى تم التحايل عليه، والذى عينته قاعدة التنازع ابتداءا . وهذا الاحتمال نفصله فى أربعة مطالب .

### المبحث الأول

### ماهية التحايل على القانون

**أولا : مضمون فكرة التحايل على القانون :**

- **وجود الفكرة فى القانون عموما :** ليس التحايل على القانون La Fraude a la loi بالفكرة الجديدة ، التى تحتل مكانها فقط فى نظرية التنازع الدولى بين القوانين، بل توجد فى كافة أفرع القانون .

إن التحايل على القانون ، كفكرة لا يختلف فى جوهره من فرع الى آخر من أفرع القانون عموما ، باعتباره أنه لازمة لا تنفك عن المذهب الذى يعتنقه القانون الوضعى باتجاه الارادة الفردية ، وإعطاء

---

[١] الدكتور فؤاد رياض . المرجع السابق ص ١٣٣ ومابعدها.

دور لها فى مجال العلاقات والتصرفات القانونية . فإرادة الافراد قادرة على التحرك فى نطاق ليس بالضيق ، على إحداث آثار قانونية فى كافة مجالات الحياة الاقتصادية والاجتماعية . ومن هنا تبدأ المشكلة . فالإرادة الفردية تجنح ، فى الغالب ، الى الفكاك من أى قيد يحد من سلطاتها . والقانون يضع عادة الضوابط والحدود التى ينبغى أن تعمل فى اطارها تلك الارادة . وهنا قد يستشعر الأفراد ثقل تلك الضوابط والحدود ، فيلجئون الى تفاديها والهروب منها، تحقيقا لمصالحهم .

وقد يتعاظم دور التحايل على القانون ، مع كثرة وتعاظم عدد القواعد الآمرة ، المصاحب لتزايد تدخل الدولة فى مختلف مجالات الحياة الاقتصادية والاجتماعية ، وممارستها لأنشطة كانت تعد قديما من صميم النشاط الفردى أو الخاص . وتجسد ذلك فى ظهور قواعد التوجيه الاقتصادى والاجتماعى Regles dirigistes ، وتراجع مبدأ سلطان الارادة.

- **وجود الفكرة فى تنازع القوانين :** لما كان الثابت أن القانون ظاهرة اجتماعية ، فهو بالتالى يختلف من مجتمع الى آخر ، والأحكام النافذة فى دولة تتباين عن تلك النافذة فى دولة أخرى . وهذا الاختلاف أو التباين يعد مدعاة لظهور فكرة التحايل على القانون فى التنازع الدولى للقوانين . وقد يساعد على ذلك المناهج المتبعة لحل ذلك التنازع والاختيار بين القوانين بمقتضى ضابط اسناد أو اختيار مجرد Critere de rattachement abstrait ، كالجنسية ، والموطن ، وموقع المال المنقول ، ولا ينقل ذلك الضابط من التجريد الى التجسيد الا عند إعمال قاعدة التنازع من قبل القاضى .

واذا كنا قد أسلفنا بيان أن هناك من ضوابط الاختيار ما يمكن تغييره أو نقله ، كالجنسية ، والموطن ، ومحل الاقامة ، وموقع المال

المنقول ، فإن التحايل يتم فى مجال تنازع القوانين ، عندما يلجأ أحد الخصوم الى تغيير أو نقل ضابط الاختيار لتفادى تطبيق القانون المختص أصلا بموجب ذلك الضابط ، ووصولا الى قلب الاختصاص وتحويله تجاه قانون آخر أكثر استجابة لمصالحه . من ذلك مثلا أن تنص قاعدة التنازع الوطنية على أن يسرى على التطليق قانون دولة الزوج وقت رفع الدعوى (م ٢/١٣ مدنى مصرى) ، ويكون قانون تلك الدولة لا يجيز التطليق ، فيلجأ الزوج الى تغيير جنسيته باكتساب جنسية جديدة ، فينقلب الاختصاص الى قانون دولة تلك الجنسية ، ويتمكن من الحصول على التطليق .

- **تعريف التحايل على القانون :** وقد حاول الفقهاء تعريف كفرة التحايل فى تنازع القوانين . فيقول البعض بأن التحايل على القانون هو "الاستعمال الارادى لقاعدة التنازع بغية التهرب من حكم أمر فى القانون الفرنسى "أو بأنه " التهرب من القانون الذى يجب أن يحكم عادة الرابطة القانونية ، وذلك بإخضاعها، غشا ، لقانون دولة أخرى ، أكثر استجابة للنتائج المرجوة". فالتحايل على القانون يتحقق فى كل مرة" يتم فيها تصرف بنية اخراجه من سلطان تطبيق القواعد التى أراد المشرع إخضاعه له" ، ويكون ذلك فى تنازع القوانين ، عن طريق "التعديل غير السليم للظروف الواقعية التى تعتمد عليها قاعدة التنازع التى قررت خطرا أو منعا".

هذا ويمكننا تعريف التحايل على القانون بأنه "التعديل الارادى النظامى للعنصر الواقعى فى ضابط الاسناد المتغير ومن ثم تحويل الاسناد الى قانون معين ، وذلك بنية التهرب من القانون واجب التطبيق أصلا ، سواء كان قانون القاضى أم قانون أجنبى". والتعريف الذى نقترحه يظهر عدة أمور : أن البداية فى التحايل على القانون ، هى تعديل

الأطـراف بـارادتهم العنصـر الواقـعى لـبعض ضـوابط الاخـتيار القابـلة للتعديل أو التغيير . وأن ذلك التعديل جاء نظاميا وسليما قانونا على ما سوف نوضح . وأنه يرتب عليه نقل الاختصاص الى قانون خلاف ذلك التعديل ونقل الاختصاص النية السيئة لمن أجرى التعديل فى الافلات من أحكام ذلك القانون الأخير ، للإستفادة من أحكام القانون الذى تحول اليه الاختصاص . كما أنه يستوى أن يكون التحايل قد تم تهربا من القانون الوطنى ، أم من القانون الأجنبى اعمالا لمبدأ المساواة بين القانونين أمام قاعدة التنازع ، الذى أكدناه غير مرة .

**ثانيا : أصول فكرة التحايل على القانون ومدى قبولها :**

- **الأصل القضائى للفكرة :** ظهرت فكرة التحايل على القانون ، فى مجال التنازع الدولى للقوانين ، فى بذورها الأولى منذ عهد نظرية الأحوال الفرنسية غير أنها تبلورت قضائيا فى أواخر القرن التاسع عشر ، بمناسبة قضية "دو برفرمون De Bauffremont الشهيرة التى عرضت على القضاء الفرنسى ، والتى تتلخص وقائعها فى أن أميرة فرنسية تدعى "دو برفرمون" متزوجة من أحد مواطنيها ، ولكنها منفصلة عنه بدنيا، رغبت التطليق منه ، بغية التزوج من أمير رومانى يدعى "بيبسكو" BIBESCO . ولما كان التطليق يتصل بالحالة الشخصية ، ويخضع للقانون الوطنى ، أى القانون الفرنسى ، الذى كان يمنع التطليق فى ذلك الوقت، فقد استطاعت تلك الأخيرة التجنس بجنسية أحدى دويلات المانيا Saxe Altembourg والتى يسمح قانونها بالتطليق . وبعد أن حصلت على حكم بالتطليق تزوجت بالامير "بيبسكو" فى برلين وعادت للاقامة معه فى باريس . وعندما علم الزوج الأول بذلك طعن امام المحاكم الفرنسية ببطلان الزواج الثانى . وفى حكمها بتاريخ ١٨ مارس ١٨٧٨ قضت محكمة النقض بعدم الاعتراف بالتطليق الذى تم فى الخارج،

وببطلان الزواج الذى تم بناء عليه . واستندت المحكمة الى أن التجنس الذى تم كان مرماه وغايته التحايل على القانون الفرنسى الذى يخطر التطليق آنذاك ، وانتهت الى استبعاد القانون الأجنبى، قانون الجنسية الجديدة للزوجة ، واعتبار كأن الزواج الأول مازال قائما حسب القانون الفرنسى ، واجب التطبيق أصلا ، والذى تم التحايل عليه .

- **مهاجمة الفقه للفكرة :** رغم ما ترمى اليه فكرة الدفع بالتحايل على القانون من حماية للاعتبارات التى تقوم عليها قاعدة التنازع ، وتأكيد احترام القانون الذى تختاره ، الا أنها تلق إرتياحا لدى جانب من الفقه، الذى يدعو الى هجرها استنادا من ناحية ، الى أنها تقتضى الخوض فى أمور نفسية والبحث فى النوايا ، وهو أمر شائك ، ويصعب اثباته . ومن ناحية أخرى ، إلى أنه يقتضى تقرير سلطة تقديرية واسعة للقاضى فى اثباته ، وهو ما يحمل مغبة الجنوح الى التحكيم ، وهو ما يهدد الاستقرار المنشود لعلاقات الأفراد عبر الحدود . والأهم من ذلك كله أنها تصادر بعض الحقوق المقررة للأفراد ، كالحق فى تغيير الجنسية أو الموطن ، فالتغيير الذى يحدثه الفرد هو استخدام لحق أو وسيلة فى الأصل مشروعة ..

واذا كان البعض يشهد بأن تلك الفكرة عديمة الفائدة، ويمكن الاستغناء عنها بوسيلتين : الأولى ، الدفع بالنظام العام . الثانية ، نظرية التعسف فى استعمال الحق ، فإن البعض الآخر يقترب من ذلك قائلا بصعوبة اعمال فكرة الدفع بالتحايل على القانون وعنده لا يخرج الأمر عن أحد فرضين ، الأول ، أن تكون هناك "صورية" حيث لا تتطابق الارادة الظاهرة مع الارادة الباطنة للأطراف ، وهنا لا تكون هناك حاجة الى الدفع بالتحايل لاستبعاد القانون الاجنبى ، إذ يكفى التمسك بالصورية، والاعتداد بضابط الاسناد الموجود الذى تحدد على أساسه القانون واجب

التطبيق أصلا . أما الفرض الثانى ، فهو حيث لا يكون تغيير ذلك الضابط حقيقيا ومشروعا، وهنا يمكن التردد فى اعتبار نية الغش والتحايل، حيث أن تغيير الجنسية أو الموطن مثلا يعد حقا أساسيا للانسان، كما أن القانون الذى تم التحايل عليه لا يلحقه ، بأية حال ، ضرر من عدم تطبيقه .

**-التكريس القضائى والتشريعى للفكرة :** غير أن تلك الانتقادات والحلول لم تنل من وجود وأهمية الدفع بالتحايل على القانون .

فمن ناحية ، لازالت أحكام القضاء الفرنسى الحديث تأخذ بذلك الدفع، ولم تهجره إدراكا لأهميته فى حماية قاعدة التنازع والاعتبارات التى تقوم عليها . كما أن أحكام القضاء الانجليزى تجرى تطبيقات عديدة للدفع بالتحايل ، ويميل الفقه الأنجلو أمريكى الى الابقاء عليه ، على الرغم من تأكيد البعض أن أعمال الدفع بالتحايل على القانون نادر فى ظل نظام قانونى يكاد يتلازم فيه الاختصاص القضائى مع الاختصاص التشريعى، كما هو الحال فى النظم الأنجلوسكسونية كما أن القضاء البلجيكى مستقر على فكرة التحايل على القانون.

ومن ناحية أخرى تتجه التقنيات الحديثة للقانون الدولى الخاص الى النص الصريح على الدفع بالتحايل على القانون كوسيلة لحماية قانون القاضى أو القانون الأجنبى الذى تختاره قاعدة التنازع الوطنية . من ذلك مجموعة القانون المدنى لدولة الجابون الصادرة عام ١٩٧٢ ، التى تنص فى المادة ٣١ منها على أنه "لا يجوز التمسك بمركز قانونى نشأ بتطبيق قانون أجنبى لم يكن مختصا الا بطريق الغش نحو قانون الجابون". وكذلك مجموعة القانون الدولى الخاص المجرى لعام ١٩٧٩ ، التى تنص فى المادة ١/٨ منها على أنه "لا محل لتطبيق القانون الأجنبى الذى يستند اختصاصه الى عنصر أجنبى خلقه الأطراف على نحو اصطناعى أو صورى، تحايلا على الحكم التشريعى الذى يحكم عادة الحالة

المعروضة". كما نصت المادة ٤/١٢ من القانون الدولى الخاص الاسبانى الوارد بالمجموعة المدنية لعام ١٩٧٤ ، على أنه "يعتبر تحايلا على القانون استعمال احدى قواعد التنازع بغية التملص من تطبيق قانون أسبانى آمر "كما نص على الدفع بالغش نحو القانون مجموعة القانون الدولى الخاص ليوجوسلافيا السابقة لعام ١٩٨٣ (م٥).

وفى النظام القانونى المصرى ، خلت نصوص تنازع القوانين فى المكان الواردة فى هذا القانون المدنى الحالى ، من نص يتعلق بالتحايل على القانون . وإن كنا لا نشك فى عدم تردد القضاء المصرى فى إعمال الدفع بالتحايل على القانون فى ظل هذا الفراغ التشريعى ، إلا أننا نأمل أن يقنن المنظم ذلك الدفع، على غرار ما عمل بالنسبة للدفع بالنظام العام ، حتى لا يتردد القضاء فى إيجاد الاساس القانونى لاحكامه التى تجازى التحايل على القانون .

**ثالثا : الدفع بالتحايل على القانون والدفع بالنظام العام :**

**- أوجه التشابه بين الدفعين وأثرره :** يعد الدفع بالتحايل على القانون والدفع بالنظام العام وسيلتين فنيتين لاقصاء القانون الاجنبى واجب التطبيق . وكلاهما ليس وسيلة فنية "عادية" ، بل "استثنائية" لذلك الاقصاء ، فلا يلجأ اليها القاضى ابتداءا ، بل كعلاج أخير لا مفر منه أو علاج احتياطى فى مواجهة القانون الأجنبى . أضف الى ذلك أن بغيتهما واحدة، وهى درأ للمساس بالأسس التى يقوم عليها مجتمع دولة القاضى، والمتمثل فى خصوص التحايل على القانون ، فضلا عن مخالفة الاخلاف العامة التى يقوم عليها النظام القانونى الوطنى ، فى إهدار الاعتبارات التى تقوم عليها قاعدة التنازع . وأخيرا فان القاضى يتمتع بسلطة تقديرية واسعة فى وزن وتحرى شروط كل منهما بالنظر لانعدام المعيار الدقيق لفكرة التعارض مع مقتضيات النظام العام، أو للتثبت من نية الغش لدى

الأطراف .

وتأثرا بتلك الأوجه من التشابه بين الدفعين ، ذهب البعض من الفقهاء الى القول بأن التحايل على القانون ليس غير حالة خاصة أو تطبيق من تطبيقات النظام العام ، ويمكن الاستغناء عنه اكتفاءاً بهذا الأخير .

- **التأكيد على اختلاف الدفعين :** غير أن الرأى المناصر لاعتبار التحايل على القانون من تطبيقات النظام العام ، لا يبدو مقبولا ، ذلك لأن أوجه التشابه المشار اليها لا تقدم فى وجود فوارق جوهرية بين الوسيلتين ، تبصر باستقلالهما من الناحية الفنية :

فمن ناحية، نلاحظ أن الدفع بالتحايل على القانون موجه الى الوسيلة التى قادت الى القانون واجب التطبيق ، وهى تلاعب الأطراف بقاعدة التنازع الوطنية ، انحرافا بها عن هدفها المحدد قانونا . أما الدفع بالنظام العام فموجه الى مضمون القانون واجب التطبيق ، الذى يتعارض مع المبادىء والأسس العليا لمجتمع دولة القاضى .

ومن ناحية ثانية ، فأن الدفع بالتحايل على القانون يتم التمسك به وفقا لأرجح الآراء ، سواء تم التحايل نحو قانون القاضى أم نحو قانون دولة أجنبية مختص طبقا لقواعد التنازع الوطنية . أما الدفع بالنظام العام، فلا يجوز التمسك به الا فى مواجهة القانون الأجنبى المتعارض مع النظام القانونى لبلد القاضى ، ولا يلتزم القاضى فى ظل الوضع الحالى للمجتمع الدولى ، بالسهر على حماية النظم القانونية الأجنبية .

ومن ناحية ثالثة ، فإن أثر الدفعين مختلف . ففى الدفع بالتحايل يتم استبعاد القانون الذى اصطنع الأطراف ضابط الاسناد لصالحه، وحماية القانون واجب التطبيق أصلا . أما فى الدفع بالنظام العام ، فالذى يستبعد

هو هذا الأخير ، ويتم احلال قانون القاضى محله .

وأخيرا ، يلاحظ أن التمسك بالدفع بالتحايل يكون ، عادة ، فى مرحلة نفاذ الحق أو المركز القانونى والاحتجاج ، ويترتب عليه عدم جواز الادعاء باحترام حق مكتسب ، حيث يقضى ببطلان كل ما تم بناء على الغش . أما التمسك بالدفع بالنظام العام ، فيكون غالبا فى مرحلة إنشاء الحق أو المركز القانونى فى دولة القاضى . فإذا كان الحق قد نشأ فى الخارج ، فإنه يفلت من الدفع بالنظام العام دون الدفع بالغش أو التحايل.

ولعل دراستنا لطبيعة فكرة التحايل على القانون ، تسهم فى جلاء الفوارق المشار اليها .

## المبحث الثانى

## طبيعة فكرة التحايل وأثرها على نطاقها

### أولا : الطبيعة الذاتية لفكرة التحايل :

**- الرأى المنكر لاستقلالية فكرة التحايل :** اذا كان البعض قد حاول دمج فكرة التحايل على القانون فى فكرة النظام العام واعتبارها أحد تطبيقات هذه الأخيرة ، على نحو ما رأينا فإنه قد ظهرت محاولات أخرى لتحديد طبيعة تلك الفكرة ومدى اقترابها او ابتعادها من بعض الأفكار المعروفة فى النظرية العامة للقانون .

فقد قيل بأن فكرة التحايل على القانون ليست الا صورة من صور فكرة السبب غير المشروع المعروفة فى نظرية العقد ، أو فكرة الباعث الدافع غير المشروع ، حيث هناك وسيلة مشروعة استخدمت لتحقيق غاية غير مشروعة . غير أن هذا الرأى يبدو غير مقبول . ويكفى أن نقول فيه

أن السبب فى الاعمال المنطوية على تحايل ، يكون عادة مشروعا، كالزواج مثلا . إن الذى يفسد تلك الاعمال هو الوسيلة الفنية لتحقيقها ، وليس السبب .

وقد ذهب رأى الى القول بأن التحايل هو نوع من الصورية ، باعتبار أن تغيير ضابط الاسناد لا يعدو أن يكون وسيلة للتستر على الهروب من القانون واجب التطبيق أصلا . وهذا الرأى مرفوض كذلك ، لأنه فى الصورية تكون الارادة الظاهرة غير مطابقة للإرادة الحقيقية ، كأن يرغب الطرفان فى ابرام عقد بيع مثلا فيعقدان عقدا آخر لا علاقة له به، أو يسمياه عقد هبه . هذا فى حين أن القصد فى التحايل على القانون هو تحقيق غاية غير مشروعة والإفلات من حكم القانون واجب التطبيق أصلا.

ومن الأفكار التى طرحت أيضا ، اعتبار التحايل على القانون أحد تطبيقات نظرية التعسف فى استعمال الحق لأنه اذا كان القانون قد اعطى للأفراد حق تغيير جنسيتهم او نقل اموالهم عبر الحدود ، إنما قصد تيسير علاقات الافراد وأوضاعهم فى حياتهم الدولية. فإذا استعمل الافراد ذلك الحق وفقا لهذا المفهوم ، فلا تثريب عليهم . أما إن كان ذلك الاستعمال قد تجاوز ذلك الهدف ، وقصد به التخلص أو الافلات من حكم القانون واجب التطبيق أصلا . فهذا تعسف مخالف للقانون . وهذا الرأى ظاهر الفساد . ويكفى أن نقول التعسف فى استعمال الحق لا يقتضى أى زيف أو تصنع المتهرب من أحكام القانون، كما أن التعسف فى استعمال الحق مؤثم قانونا حماية للمصالح الخاصة التى يضر بها ، هذا يعكس التحايل على القانون فهو مؤثم قانونا حماية لهيبة القانون وقواعده ، وفى مجالنا حماية قاعدة التنازع والاعتبارات التى تقوم عليها .

- **التأكيد على ذاتية فكرة التحايل :** إن فكرة التحايل على القانون،

فى تنازع القوانين ، لها ذاتيتها ، سواء من حيث بدايتها أو مبتغاها أو نهاية مرماها فمن ناحية بدايتها تتمثل فى "إفتعال" أو "إختلاق" العنصر الاجنبى الذى يستمد منه ضابط الاسناد . حقيقة أن تغيير الجنسية واكتساب جنسية جديدة أو تغيير الموطن ، يتم على نحو سليم قانونا على ما سوف نرى ، إلا أنه تغيير "مفتعل" أو "مختلق" للانحراف بقاعدة التنازع ، على نحو يخدم مصالح من غير جنسيته أو موطنه أو صاحب المال المنقول . ويتم الاستدلال على "افتعال" أو "اختلاق" العنصر الأجنبى ، باثارة مشكلة تنازع القوانين لم تكون موجودة من قبل، مثلما رأينا فى قضية "دوبوفرمون" ، حيث أنه قبل تغيير الأميرة المذكورة لجنسيتها الى الالمانية لم يكن هناك تنازع بين القوانين، فالعلاقة كانت فرنسية خالصة . أو حتى مع وجود تلك المشكلة ، فان العنصر الأجنبى المختلق أو المفتعل يعد فى الواقع غير موجود لتماثله مع العنصر الاجنبى الموجود أصلا . أما من ناحية مبتغاها أو نهاية مرماها ، فهو التلاعب بقاعدة التنازع ، ونقل الاختيار الذى تقرره لصالح قانون ليس هو الذى كان فى ذهن واضع تلك القاعدة عند صياغتها، أى القانون الأكثر ملاءمة وصلاحية لتحقيق تصور المقنن للعدالة والأمان القانونى للعلاقات الدولية للأفراد .

إن البداية فى فكرة التحايل على القانون ، أى "افتعال" أو "اختلاق" العنصر الاجنبى ، يساعد القاضى على تشخيص وجود التحايل ، ويعطيه معيارا موضوعيا لذلك التشخيص ، بدلا من اعتماده على عنصر النية (الشرط الثانى) ، الذى قوامه معيار شخصى critere subjectif يخشى معه على القاضى الزلل أو التحكم .

كما أن النهاية أو مرمى فكرة التحايل ، وهى الانحراف بقاعدة التنازع الوطنية ، فتساعد على رسم نطاق تلك الفكرة. لأن قاعدة التنازع

قاعدة مزدوجة أو ثنائية الاسناد ، فهى كما تختارون قانون القاضى لحكم النزاع ذى الطابع الدولى يمكن أن تختار قانونا أجنبيا . وهنا يثور التساؤل هل يمكن مجازاة الغش أو التحايل على القانون الأجنبى، أم يقتصر الأمر على حالات التحايل على قانون القاضى ؟ هذا ما نخصص له الفقرة التالية .

**ثانيا : نطاق فكرة التحايل : قانون القاضى أم القانون الأجنبى :**

- **الاتجاه المضيق لنطاق فكرة التحايل :** اتجهت أحكام القضاء منذ قضية "دوبرمون" الى قصر اعمال الدفع بالتحايل على القانون على الحالات التى يقصد فيه التهرب من أحكام قانون القاضى فقط . وقد أيد جانب من الفقه هذا الاتجاه ، مقررا أن فكرة الدفع بالتحايل وجدت لحماية النظام القانونى الوطنى ، وليس لحماية النظم الأجنبية . والبادى أن هناك بعض القوانين المقارنة تعتنق الاتجاه المذكور ، نذكر منها القانون الجابونى ، والقانون الاسبانى ، والقانون الدولى الخاص لما كان يعرف بيوجوسلافيا الصادر عام ١٩٨٣ .

ويبرر هذا الاتجاه عدة حجج . منها أن التحايل على القانون الوطنى يتضمن اعتداءا على المصلحة العامة ، والمساس بهيبة النظام القانونى لبلد القاضى. وبتلك المثابة يبدو الدفع بالتحايل على القانون وكأنه وسيلة "دفاع وطنى" ضد تلاعب الأفراد بقانون القاضى . ومنها أيضا أنه من غير المتصور ، فى ظل الوضع الحالى للمجتمع الدولى، أن يسهر القاضى على حماية النظم القانونية للدول الأجنبية . فهذا تكليف بمستحيل، ومتعارض مع الوضع القانونى للقاضى ، فهو لا يأتمر الا بأوامر دولته ، ويلتزم بالدفاع عنها . ويدعم البعض ذلك بقوله أن القاضى الوطنى لا يجازى الغش أو التحايل نحو القانون الأجنبى ، اذا كان قد تم لصالح قانون القاضى . وأخيرا ، فإن قاعدة التنازع ، حينما

تشير باختصاص قانون أجنبى ، لا تعتبر متعلقة بالنظام العام. وهذا يستتبع بداهة عدم الزام القاضى بالعمل على احترام القانون الأجنبى الذى تشير باختصاصه اذا حصل التحايل عليه ، وعلى أى حال ، فان القاضى لا يلتزم بمجازاة الغش نحو القانون الأجنبى، الا اذا كان بين دولته ودولة ذلك القانون اتفاقية دولية تنص على ذلك ، لأن القانون الأجنبى ، عموما، فى مركز أدنى ، وذى قيمة أقل ، من القانون الوطنى ، ولا يلتزم القاضى بالعمل على تأكيد احترامه .

**- تغطية فكرة التحايل لقانون القاضى والقانون الأجنبى :** ونحن نرى، مع الاتجاه الراجح ، أن الدفع بالتحايل على القانون هو وسيلة فنية لحماية القانون واجب التطبيق أصلا ، سواء أكان قانون القاضى أم القانون الأجنبى . ويفرض هذا القول :

من ناحية ، ماسبق أن قررناه من أن مرمى التحايل على القانون هو التلاعب والانحراف بقاعدة التنازع الوطنية ، باختلاق او افتعال عنصر أجنبى ، ونقل الاختصاص لقانون ليس هو الذى يقصده واضع تلك القاعدة لتحقيق الامان القانونى والعدالة لعلاقات الأفراد عبر الحدود. فالواقع أن الغش نحو القانون الأجنبى ، كالغش نحو قانون القاضى يتأتى من التلاعب بقاعدة التنازع الوطنية ، أى أنه حينما يكون هناك تحايلا على القانون الأجنبى ، فهو فى الواقع تحايلا على قانون القاضى المتمثل فى قاعدة التنازع .

ومن ناحية ثانية ، فإن التحايل على القانون ينافى المبادىء العليا للاخلاق والآداب وهى مبادىء عامة يجب أن يحميها القاضى ويجازى كل مخالفة لها، وتلك الحماية لن تكتمل الا بمحاربة الغش أيا كانت وجهته ، أى سواء تم نحو قانون القاضى أم نحو قانون أجنبى . فقاعدة أن الغش يفسد كل شىء Fraus omnia corrumpit قاعدة عالمية،

**وظاهرة الحدود السياسية لا تقلل من فعاليتها .**

**ومن ناحية أخيرة ، فإن عدم مجازاة الغش أو التحايل على القانون الأجنبى، يتنافى مع التعاون القانونى المنشود بين النظم القانونية لمختلف** الدول، إذ سيظل كل قاضى حارسا على نظامه ، معتبرا أن النظم القانونية الأجنبية قد وضعت أساسا لخدمة مصالح دولها على حساب دولة القاضى . فكأن مقتضيات التضامن والتعاون المشار اليه تفرض على القاضى الوطنى مجازاة التحايل على القانون الاجنبى .

وهذا الاتجاه الموسع لنطاق الدفع بالتحايل على القانون ، بدأ يسود فى القضاء والفه الفرنسيين ، ويتبناه الفقه المصرى .

كما أخذ بذلك الاتجاه اتفاقية لاهاى المبرمة فى أول يونية ١٩٥٦ المتعلقة بالاعتراف بالشخصية القانونية للشركات (م ٢/٢). وكذلك مجموعة القانون الدولى الخاص المجرى لعام ١٩٧٩ (م٨) التى أشرنا اليها آنفا ، ونأمل أن يقننه القانون المصرى حينما يطلع المقنن بتعديل مستقبلى لأحكام تنازع القوانين .

**- تكملة النطاق الموسع لفكرة التحايل :** إذا كان نطاق التحايل على القانون يشمل ، هكذا ، القانون الوطنى والقانون الأجنبى ، فإن لا أهمية لكون التحايل قد تم نحو القواعد الآمرة أو القواعد المكملة فى القانون واجب التطبيق ، واذا كان البعض يقصر اعمال الدفع بالغش على حالة التحايل على القواعد الأمرة فقط (٤٩) استنادا الى مقولة أن القانون قد ترك حرية الاختيار للأفراد ابتداءا فى إعمال حكم القواعد المكملة من عدمه ، فيكفى للرد على ذلك ، بأن الدفع بالتحايل يقصد أصلا مجزاة التلاعب والانحراف بقاعدة التنازع، ويتم التمسك به بمجرد أعمال تلك القاعدة ، قبل التطرق إلى مضمون قواعد القانون الذى تم التحايل عليه .

اضف إلى ذلك أن تلك القواعد بكافة أنواعها تتوفر لها صفة الالزام ، وتكون واجبة التطبيق ، مالم يتفق الأطراف على استبعادها.

ولعل بحث شروط إعمال الدفع بالتحايل على القانون يسهم فى جلاء تلك الأفكار .

## المبحث الثالث

## شروط الدفع بالتحايل على القانون

**- شرطان للدفع :** التحايل على القانون هو التعديل الارادى النظامى للعنصر الواقعى فى ضابط الاسناد المتغير ، ومن ثم تحويل الاسناد الى قانون معين ، وذلك بنية التهرب من القانون واجب التطبيق اصلا، سواء كان قانون القاضى أم قانون أجنبى .

من هذا التعريف يبدو أن للدفع بالتحايل على القانون شرطان :

**أولا : التغيير الارادى فى ضابط الاسناد أو الاختيار :**

**- مفهوم التغيير ومجاله:** أسلفنا القول بأن الغش أو التحايل على القانون يفترق عن النظام العام فى أنه يرجع، كسبب لاستبعاد القانون الأجنبى ، إلى إرادة الأطراف . ومقتضى ذلك أن تلعب الإرادة دورا فى قلب الاختصاص وتحويله من قانون الى آخر. ويتم ذلك عن طريق احداق تغيير أو نقل فى الضابط الذى يختار عن طريقه هذا القانون أو ذاك.

واذا كان العنصر الإرادى هو محور هذا الشرط الأول، فإنه يلزم لفعاليته أن يكون ضابط الاسناد أو الاختيار مما يكون للارادة دورا فى تحديده وهذا يتحقق بشأن ضوابط الاسناد القابلة للتغيير أو الانتقال، أى التى يمن تغيير أو تعديل "العنصر الواقعى" دون "العنصر القانونى"،

فيها ، مثال ذلك ضابط الجنسية ، الموطن ، وموقع المال المنقول وإرادة المتعاقدين .

وتطبيقا لذلك ، نجد فى مسائل الاحوال الشخصية ، التى تعتمد على الجنسية أو الموطن ضابط لاختيار القانون واجب التطبيق عليها أنه يمكن أن يتحقق الشرط الأول ، اذا غير أحد الأطراف جنسيته من دولة لا يجيز قانونها التطليق ، لدولة أخرى تجيزه ، كما رأينا فى قضية "دربوفرمون" . وكذلك يتحقق لو غير الشخص موطنه الكائن بدولة ، الى دولة أخرى أكثر تحقيقا لمصالحه الأسرية .

ويتحقق التغيير كذلك فى مسائل الأموال والشركات ، كأن ينقل حائز المنقول أو الشركاء ، المال المنقول أو مركزه الادارة الرئيسى للشركة ، من دولة الى أخرى للتهرب من القيود التى يفرضها قانون دولة الموقع ، أو مركز الادارة الرئيسى القديم . وفى مجال العقود الدولية، يمكن تحقق الغش ، بتعديل الأطراف للقانون الذى اختاروه ابتداء لحكم موضوع العقد ، أو ابرام عقدهم فى دولة أخرى للتهرب من القيود الأمرة الخاصة بالشكل فى دولة محل الابرام التى كان من الواجب تطبيق قانونها . غير أنه تجدر الاشارة الى أنه بخصوص العقود الدولية ، موضوعا وشكلا ، يصعب اعمال الدفع بالتحايل على القانون بالنظر الى الحرية التى اعطاها القانون للأطراف فى مجال تحديد القانون واجب التطبيق ، والعدول عن هذا التحديد .

- **شروط التغيير المعتبر :** أشرنا فيما قبل أن البعض قد ذهب الى امكانية الاستغناء عن فكرة الغش أو التحايل على القانون ، بإعمال فكرة الصورية ، وهو قول يبدو ضعيفا بالنظر الى أن الوسيلة التى يتم اللجوء اليها للتحايل هى فى الاصل وسيلة "مشروعة" وحقيقية ، وليست محظورة أو "صورية". ومن هنا نقول أنه يلزم فى التغيير الطارىء على

**ضابط الاسناد :**

**أولا : أن يكون قد وقع سليمان** ونظاميا **changement regulier** . فمن غير جنسيته أو موطنه ينبغى أن يكون قد استوفى الشروط المقررة قانونا واكتسب فعلا الجنسية أو الموطن حسب قانون دولة الجنسية أو الموطن الجديد. وعلى هذا اذا ادعى شخص اكتساب جنسية دولة معينة، وطالب بتطبيق قانون دولة جنسيته الجديدة ، لكن اتضح أن اكتسابه لتلك الجنسية لم يكتمل ولا تعتبره دولة تلك الجنسية من رعاياها ، فلا مجال للدفع بالتحايل على القانون ، لأن تغيير ضابط الاسناد لم يتم من الناحية الواقعية والقانونية ، اذ يكفى لاستبعاد قانون دولة الجنسية الجديدة الدفع بعدم اكتسابه لتلك الجنسية . كذلك لا يتوفر الشرط الذى نحن بصدده اذا كان التغيير الطارىء على ضابط الاسناد ليس الا تغييرا صوريا أو اصطناعيا، فلا يعتد مثلا بقانون دولة مركز الادارة الصورى الذى تتخذه شركة المتهرب من تطبيق قانون دولة مركز ادارتها الرئيسى الفعلى ، الواجب تطبيقه أصلا .

وهذا التحديد يؤكد ماسبق أن اشرنا اليه من أن الدفع بالتحايل على القانون هو وسيلة "احتياطية" أو علاج أخير ، لا يلجأ اليه اذا انعدمت الوسائل الاخرى لمجازاة مخالفة القانون .

ثانيا : أن يكون إراديا changement volontaire . وهذا يعنى أنه اذا فرضت الجنسية الجديدة مثلا على الشخص ، كأثر تبعى أو عائلى للتجنس أو الزواج مثلا ، وترتب على ذلك تحول القانون الشخصى الى قانون دولة الجنسية الجديدة ، فلا يسوغ الدفع بالتحايل على قانون دولة الجنسية القديمة . فإختصاص الأول جاء بطريقة عرضية وتبعية وليس مقصودا لذاته .

ثالثا : أن يكون منتجا changement concluant ، بمعنى أن يكون من شأنه تعديل الاختصاص التشريعي . فإذا غير الشخص جنسيته مثلا، فيجب أن تكون قاعدة التنازع فى قانون القاضى مازالت تتخذ من الجنسية ضابطا لتحديد القانون الشخصى . فإذا حدث أن تغيرت قاعدة التنازع وأصبح ذلك الضابط هو الموطن بدلا من الجنسية ، فلا يتوفر الشرط الذى نحن بصدده ، ولا يقبل الدفع بالتحايل على القانون ، حيث يتعلق الأمر بمشكلة تنازع زمنى لقواعد التنازع .

**ثانيا : نية التحايل على القانون واجب التطبيق أصلا :**

- **أهمية الشروط وضرورته :** يلزم للدفع بالتحايل على القانون توفر نية التحايل أو الغش intention frauduleuse نحو القانون واجب التطبيق أصلا ، أى التهرب من الخضوع لأحكامه ، وقلب الاختصاص لصالح قانون آخر . وهذا هو الشرط المميز للدفع ، لأنه كما أوضحنا يلزم أن يكون تغيير ضابط الاسناد قد تم سليما من الناحية القانونية ، بحيث يجب أن تخلف نية الغش يجعل القاضى أمام استحالة عدم الاعتداء بالتعديل الذى طرأ على ضابط الاسناد .

ولما كان التحايل على القانون يشكل اخلالا بقاعدة التنازع ، فإنه يتوجب على القاضى تحرى الدقة ، ولا يحكم بتوفر نية الغش الا اذا كان الافلات أو الهروب من أحكام القانون واجب التطبيق أصلا هو الباعث الدافع Motif determinant من وراء تغيير ضابط الاسناد ، أو الهدف الرئيسى ، وليس مجرد نتيجة عرضية لذلك التغيير ، ويستدل القاضى على ذلك بأن التغيير قد تم خصيصا من أجل تحقيق نتيجة محددة ، دون أن يقبل الأطراف النتائج الاخرى والجوهرية اللازمة والمترتبة على ذلك التغيير ، كعدم قبولهم ، مثلا ، الواجبات التى يفرضها تمتعهم بالجنسية الجديدة .

وقد رأينا أنه رغم أهمية هذا الشرط ، فقد تعرض لهجوم نفر من الفقهاء بمقولة أنه صعب الاثبات ، حيث يستلزم خوض القاضى فى النوايا والبواعث النفسية الداخلية وهى أمور لا يسهل اثباتها على نحو يقينى، وهذا لا يتمشى مع هدف القانون وطبيعته ، فهو ينظم علاقات الأفراد وسلوكهم الخارجي ولا شأنه له بالنوايا والبواعث الباطنية. والقول بغير ذلك يحمل مغبة تحكم القاضى ، وتنكبه طريق الموضوعية وعلى أى حال ، فان تلك الاعتراضات لم تفلح فى هجر هذا الشرط ، أو الاعراض عن فكرة التحايل على القانون فى جملتها . خصوصا اذا طرحت أمام القاضى بعض المعايير التى نعينه على الكشف عن نية الغش.

**- دلائل الكشف عن نية التحايل أو انتفائها:** يمكن القول أن التحرى عن نية التحايل على القانون هو مسألة معيارية une question de measure يعتمد تقديرها على قرائن الحال، وملابسات كل قضية على حدة، مثلما هو الحال فى اثبات السبب غير المشروع فى مجال العقود ، أو الانحراف بالسلطة فى القرارات الادارية فقد يستشف القاضى وجود نية التحايل من التزامن بين التغيير الطارىء على ضابط الاسناد ، وبين طلب تطبيق القانون الذى يشير به هذا الضابط ، كأن ينقل البائع المنقول الى دولة ، ويطلب ابطال الحقوق التى ترتبت عليه وكانت صحيحة وفقا لقانون الموقع القديم . كما قد تستشف تلك النية من التسهيلات التى قد ينطوى عليها القانون الذى غير ضابط الاسناد لصالحه، وهى ما درج الفقه على تسميتها بتشريعات المجاملة legislations courtoises .

وقد يستفاد انتفاء نية التحايل من عدة أمور نذكر منها :

من ناحية ، إذا كان هناك تماثلا أو تطابقا بين أحكام القانون

الواجب التطبيق أصلا والقانون الذى صار مختصا بعد تغيير ضابط الاسناد. اذ لا يمكن الادعاء بأن من قام بهذا الأخير قد تحايل على الأول ليستفيد بأحكام الثانى. من ذلك مثلا حالة الانجليزية المتزوجة بايطالى، قبل قانون عام ١٩٧٠ الايطالى الذى أجاز بايطاليا . فالزوجة لا تستطيع طلب التطليق لا وفقا للقانون الايطالى الذى يحظره، ولا وفقا للقانون الانجليزى ، لأن التطليق فى النظام القانونى الانجليزى من النظم القضائية الاجرائية ، وبالتالى يخضع لقانون محكمة موطن الزوج . فتطبيق أى القانونين يقود الى ذات النتيجة، ولا يمكن التمسك بالتحايل على القانون واجب التطبيق أصلا . بل إن الأمر يتعلق هنا بنوع من التنازع الزائف بين القانونين .

ومن ناحية أخرى ، اذا لم يكن هناك اختصاص حقيقى للقانون المدعى بالتحايل نحوه . ويتحقق ذلك اذا كان ذلك القانون قد وضع ليطق عالميا على كافة الروابط ، حتى ولو لم تتوفر أية صلة بين النزاع والدولة التى أصدرته . مثال ذلك القانون الأمريكى المسمى jones Acts الصادر عام ١٩٢٠ الخاص بحوادث العمل البحرى ، والذى ينص على أن لكل بحار ، يصاب بضرر أثناء عمله أن يرفع دعوى تعويض أمام المحاكم الأمريكية ، وكما تقول المحكمة العليا الفيدرالية ، فإن الكونجرس قد مد نطاق ذلك القانون ، وفتح أبواب المحاكم لكل البحارة الأجانب ، فى أى مكان فى العالم ، الذى يلحقهم ضرر عل ظهر أية مركب بحيث يتصور أن يقع فى نطاق تطبيق هذا القانون دعوى تعويض يرفعها أحد بحارة سفينة صينية لم تغادر قط المياة الاقليمية للصين!!. وعلى ذلك هل يمكن القول بأن تطبيق القانون المصرى على حوادث العمل البحرى على بحار مصرى ، أصيب بضرر على ظهر سفينة مصرية ، فى ميناء الاسكندرية ، يعد تحايلا على القانون الأمريكى؟!.

**- حدود سلطة القاضى فى الكشف عن النية :** سبق القول أنه لا يوجد معيار دقيق يتم به تشخيص نية التحايل على القانون . ويترتب على ذلك أن لقاضى الموضوع سلطة تقديرية فى استخلاصها من الملابسات الواقعية وظروف الحال . وكما يقال فإن الأمر يتعلق بمسألة واقع question de fait يستقل بها قضاة الموضوع .

غير أنه ولئن كان التثبت من وجود نية التحايل أو الغش مسألة واقعية من اطلاقات محكمة الموضوع ، الا أن هذا لا يقدح فى اعتبار التحايل ، فى حد ذاته ، خرقا واخلالا بقاعدة قانونية ، هى قاعدة التنازع. وبتلك المثابة فإن تقدير مدى ذلك الاخلال ، ودرجة نية الغش والعناصر المكونة لها قانونا ، وعدم الاعتداد بالنتيجة المبتغاه ، يعتبر من المسائل القانونية question de Droit التى تخضع لرقابة محكمة النقض ، لأن هذا يعتبر من قبيل التكييف القانونى للوقائع . فإذا قضى الحكم مثلا ببطلان التطليق الذى تم وفقا للقانون الذى غير ضابط الاسناد لصالحه ، ولمجرد التغيير ، ودون أن يبين أن ذلك التغيير كان هدفه "الوحيد" هو الافلات من أحكام القانون واجب التطبيق أصلا ، فإنه يكون قاصرا قصورا يستوجب نقضه ، اذ يحتمل أن يكون الحكم قد أدخل عنصرا غير منتج فى تقدير وجود نية الغش ، فى حين أن التطليق لم يكن غير نتيجة طبيعية لتغيير ضابط الاسناد .

## المبحث الرابع

## آثار الدفع بالتحايل على القانون

**- أثران للدفع :** اذا توفرت شروط الدفع بالتحايل على القانون، فإن التمسك به وإعماله يرتب أثران سلبى وايجابى : أولا ، استبعاد القانون الذى تم التحايل لصالحه، ثانيا ، إعمال القانون الذى تم التحايل

عليه.

**أولا : الأثر السلبى واستبعاد القانون الذى تم التحايل لصالحه:**

- **مفهوم الاستبعاد وعدو النفاذ** : جوهر التحايل على القانون نزع الاختصاص من القانون واجب التطبيق أصلا وتحويله أو قلبه بمقتضى تغيير أو افتعال ضابط إسناد ، الى قانون آخر أقل ارتباطا واتصالا بالمسألة المعروضة . وجزاء ذلك هو استبعاد هذا الأخير . ويتمثل هذا الاستبعاد فى عدم الاعتداء أو عدم نفاذ كل أثر لاختصاصه. وعلى خلاف ما يرى البعض ، فإن هذا المفهوم لاستبعاد القانون الذى تم التحايل لصالحه ، يوضح ان فكرة عدم النفاذ ، كما يقصد بها حماية المصالح الخاصة المشروعة للغير ، يمكن أن تغطى كل ما من شأنه حماية سلطان القانون .

ويفرض هذا المفهوم لاستبعاد القانون الذى تم التحايل لصالحه ، أى عدم نفاذ كل أثر لاختصاصه ، أن التحايل يتم باستعمال "وسيلة" مشروعة قانونا وهى تغيير ضابط الاسناد ، من أجل الوصول الى "نتيجة" غير مشروعة، وهى ليست كذلك لذاتها ، بل بالنظر الى سوء نية الأطراف ، والى افتعال أو اختلاق العنصر الأجنبى الذى يرتبط به ضابط الاسناد .

غير أن التساؤل يطرح : هل عدم النفاذ يشمل "الوسيلة" أى عدم الاعتداء بالتجنس الذى تم ، أم يمتد الى "النتيجة" التى حصل عليها من افتعل ضابط الاسناد ، كالتطليق مثلا ؟

- **شمول عدم النفاذ للوسيلة والنتيجة معا** : يرى جانب من الفقه أن الاستبعاد الفعلى للقانون الذى تم التحايل لصالحه لا يتحقق الا اذا شمل عدم النفاذ أو عدم الاعتداد "النتيجة" التى أراد الطرف مرتكب

**الغش الحصول عليها ، كالتطليق فى قضية "دو بوفرمون" ، و"الوسيلة" التى تحققت عن طريقها تلك النتيجة، كالتجنس بالجنسية الألمانية فى القضية المشار اليها، بحيث يعتبر الشخص مازال محتفظا بجنسيته الأولى وبالتالى خاضعا لقانون دولة تلك الجنسية ، باعتباره قانونه الشخصى.**

ويستند هذا الرأى ، من ناحية الى أن الدفع بالتحايل على القانون يقوم على فكرة خلقية وأدبية ، فالغش أو التحايل يفسد كل شيء. حقيقة أن الوسيلة مشروعة ولكن النتيجة والقصد غير المشروع يفسد العمل المشروع، فالغاية لا تبرر الوسيلة ، وبالتالى لا يمكن الفصل بينهما. ومن ناحية ثانية، الى أن شمول عدم النفاذ للوسيلة والنتيجة معا يقود الى تفادى تعقيدات وتناقضات فى الحلول القضائية ، فإذا غير الشخص جنسيته للحصول على التطليق ، ثم قضى بعدم الاعتداء بالتطليق استنادا الى الغش ، مع التسليم بالوسيلة ونفاذها ، فقد يؤدى ذلك بالمحاكم ، فى شأن مسألة أخرى ، الى معاملة المتجنس على أنه من رعايا الدولة الجديدة التى تجنس بجنسيتها ، أى يكون هناك "ازدواجية" فى معاملة نفس الشخص. وهذا لا يتحقق لو شمل عدم النفاذ الوسيلة والنتيجة ، فسيكون الحل واحداً فى جميع القضايا ، وهو خضوع الشخص لقانون جنسيته الأولى .

- **اقتصار عدم النفاذ على النتيجة :** أسلفنا القول ، بأن ثبوت توفر شروط الدفع بالتحايل يستتبع حماية لقاعدة التنازع ذاتها ، استبعاد القانون الذى تم التحايل لصالحه. والمتأمل فى هذا القول يدرك أن اختصاص **ذلك القانون ، هو فى الواقع ، النتيجة "المباشرة"** للتحايل والتلاعب بقاعدة التنازع ، أما التطليق وغيره ، فهى آثار "غير مباشرة" ، أو "تبعية" لذلك الاختصاص. أضف الى ذلك ، أن وسيلة للوصول الى ذلك

**الاختصـاص**، وهي تغيير ضـابط الاسـناد ، هي في الأصـل مشـروعة وسليمة قانونـا . والحال كذلك ، وبالنظر الى أن غاية الدفع بالتحايل هي حمايـة قاعدة التنازع والاعتبارات التي تقوم عليها والقانون الذي تختاره، فإنـه يكفي للوصول الى تلك الغايـة عدم نفاذ و عدم الاعتداد بالنتيجة "المباشرة" وتوابعهـا ، أي عدم الاعتراف باختصـاص القـانون الـذي تـم الـتحايل لصـالحه، وكذلك الحلول أو الآثـار القانونيـة الـتي يقدمهـا ، أي امكانية التطليق أو غيره . وهذا هو جوهر فكرة استبعاد القانون المذكور.

واقتصار عدم النفاذ على النتيجة، تمليه عدة أمور هامة ، منها :

**أولا : طبيعة الدفع بـالغش** ، أنـه اذا كـان الغش والتحايل يفسد كل شـيء، لمخالفته القيم الخلقية والأدبية ، فذلك ما هو مسلم به في القانون الداخلي. غير أن أفكار هذا الأخير لا يجب أن تنقل كمـا هي الى نطاق القانون الدولي ، بل يجب أن تراعى الاعتبارات التي يقوم عليها ذلك القانون ، ومنها على ما رأينا أن الدفع بالتحايل إن هو الا وسيلة علاج "احتياطية" و"أخيرة" ultimiun remedium ، لحماية قاعدة التنازع ، ويجب استعمالها في الحدود التي تحقق تلك الغاية ، ونعتقد أن عدم نفاذ النتيجة ، كأثر لاستبعاد القانون الذي تم التحايل لصالحه، يكفي لادراك الغايـة المشـار اليهـا، ورد اعتبار القانون الذي تم التحايل عليه وقاعدة الاسناد التي اختارته .

**ثانيـا ، مبدأ عدم الاختصاص** ، ومقتضاه أن القاضي الوطني غير مختص للحكم بابطال الاجراء الذي تم به تغيير ضابط الاسناد ، لاسيما التجنس والتوطن . فمنح الجنسية أو الموطن لشخص هو من صميم الأعمـال السـيادية لـلدولة الأجنبية ، وتلك الأخيرة هي فقـط صـاحبة الاختصـاص لمـانع في منح . ومنع الجنسية أو الموطن . إن القـانون الدولي ذاته يقرر أن من حق كل دولة أن تحدد بمقتضى قوانينها من هم

وطنيها ، أو المتوطنين على اقليمها ، وتلتزم الدول الأخرى بالاعتراف بتلك القوانين . وعدم الاختصاص هذا أكده صراحة ودون مواربة فى القضاء الفرنسى فى قضايا "دو بوفرمون" عام ١٨٧٦ و"فيدال" عام ١٨٧٧، و"مانشينى" عام ١٩٢٩ وكذلك محكمة العدل الدولية فى قضية "نوتباوم" عام ١٩٥٥ . حقيقة أن للقاضى الا يعتد بالجنسية الأجنبية التى يحصل عليها الشخص ، اذا لم تتطابق مع الواقع ، غير أن ذلك غير ممكن فى شأن الدفع بالتحايل على القانون ، لأن تغيير ضابط الاسناد، بالتجنس مثلا ، يتم على نحو نظامى وقانونى على ماسبق أن رأينا.

**ثالثا ، فكرة الجزاء المضاعف** ، فإننا نرى أن عدم امتداد الجزاء، أى عدم النفاذ ، إلى الوسيلة يتفق ، من حيث السياسة التشريعية ، مع الهدف من الدفع بالتحايل على القانون، ذلك أن استبقاء الوسيلة والاعتداد بها هو ، فى حد ذاته ، نوع من الجزاء المضاعف لمرتكب التحايل. فهذا الأخير لم يغير ضابط الاسناد ، الا من اجل الحصول على نتيجة محددة وحسب ، دون أن تتجه نيته الى قبول النتائج الجوهرية العادية الملازمة لهذا التغيير . فإذا تجنس شخص ليتمكن من التطليق ، فقد يكون تطبيق قانون جنسيته الجديدة على المسائل الأخرى ، كأهلية أدائه ، أو أحقيته فى الإرث ... ، أكثر صرامة ، بل وإضرارا به من القانون الذى تم التحايل عليه ، وفى هذا ردع له ومعاملة له بنقيض مقصوده .

**ثانيا : الأثر الايجابى وإعمال القانون الذى تم التحايل عليه :**

**ـ مضمون هذا الأثر :** يترتب على استبعاد القانون الذى تم التحايل لصالحه وجود فراغ قانونى مؤقت ، يتعين سده. ولا مراء فى أن القانون الذى تم التحايل عليه هو الأحق بملء ذلك الفراغ . ويفرض هذا القول أن التحايل على القانون إنما هو اعتداء على قاعدة التنازع الوطنية، وإهدار للاعتبارات التى تنهض عليها. ودرء هذا الاعتداء لا يكون الا بإعادة سلطانها ، وتطبيقها على النحو الذى كان يجب أن تطبق

عليه لو لم يحدث تغيير أو تلاعب بضابط الاسناد فيها ، أى اعادة الاختصاص للقانون الذى كانت تشير باختصاصه ابتداءا ، وإحلاله محل القانون الذى افتعل اختصاصه وهذه الحلول يؤدى الى عدم نفاذ النتيجة التى تحققت طبقا لهذا القانون الأخير . وهذا ما كان فى قضية "دو برفرمون" ، حيث أن المحاكم الفرنسية ، وان لم تفصل فى مدى صحة اكتساب الأميرة المذكورة للجنسية الألمانية ، كما سبق أن أشرنا، قد استبعدت القانون الألمانى الذى يجيز التطليق، وأحلت محله القانون الفرنسى الواجب التطبيق اصلا .

ونشير ، فى النهاية ، الى أنه لما كانت قاعدة التنازع مزدوجة أو ثنائية الجانب ، وكان من الممكن إعمال الدفع بالتحايل نحو قانون القاضى والقانون الأجنبى على السواء ، فإن القانون واجب التطبيق أصلا ، الذى سيحل مكان القانون المستبعد ، قد يكون قانون القاضى أو القانون الأجنبى ، على حسب الأحوال .[1]

[1] الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ص ٢٧٥ ومابعدها .

# القسم الثانى

# الحلول التطبيقية لتنازع القوانين

ذكرنا من قبل أن قواعد الاسناد ما هى الا مجموعة من القواعد القانونية الوطنية التى يضعها المشرع الداخلى فى كل دولة، والنتيجة المنطقية لتلك الصفة الوضعية لتنظيم تنازع القوانين ، هى تباين الضوابط التى يتبناها المشرع عند إسناد العلاقات ذات الطابع الدولى إلى قانون معين.

الا أن هذا الاختلاف ليس بالاختلاف المطلق وانما هناك من القواعد التى تتفق عليها التشريعات الوطنية المقارنة ، على النحو الذى سوف نراه فيما يتعلق بضوابط الاسناد بالنسبة للحالة والاهلية ، وبالنسبة للاموال ، لاسيما ما يتعلق بالاموال العقارية .

وقد حرص المشرع المصرى على أن يساير الاتجاهات التشريعية الحديثة فنظم مسائل تنازع القوانين فى المواد من ١٠ حتى ٢١ من مواد القانون المدنى ، ثم وضع قواعد تكميلية فى المواد من ٢٢ الى ٢٤ من ذات القانون .

وقد جرى العمل على تقسيم قواعد الاسناد المذكورة على اساس من صلتها بالعناصر الثلاث للعلاقات القانونية . وعلى ذلك فسوف نبدأ بتحديد القانون الواجب التطبيق فى مسائل الاحوال الشخصية حيث يكون اطراف العلاقة هم محورها الرئيسى ثم نحدد القانون الواجب التطبيق على المعاملات المالية باعتبارها موضوع العلاقات الاقتصادية والتجارية ذات العنصر الاجنبى .

ثم نتناول بالتحديد القانون الواجب التطبيق على التصرفات القانونية والوقائع المادية بوصفها مصدراً للمركز القانونى أو العلاقة القانونية .

وجدير بالذكر أنه يغلب الا ينفرد قانون معين بتنظيم كافة عناصر

العلاقة ذات العنصر الأجنبى ، بل أن الغالب ان تتدخل عدة قواعد اسناد لحكم العلاقة القانونية الواحدة ، بمعنى أن يشترك اكثر من قانون فى تنظيم نفس العلاقة كأن يدخل فرنسى مع مصرى فى عقد بيع سيارة فى سويسرا بعقد يبرم فى هولندا . ثم يعرض نزاع بشأن العقد على احدى المحاكم الوطنية ، فينعقد الاختصاص بالتكييف لقانون القاضى على النحو السالف بيانه بينما قد يخضع شكل العقد لقانون وموضوعه لقانون آخر علاوة على اختلاف القوانين التى تحكم اهلية الطرفين للتعاقد .

# الباب الأول

## القانون الواجب التطبيق
## على مسائل الاحوال الشخصية

يرجع ظهور مصطلح الاحوال الشخصية الى القرن الثالث عشر حينما ظهرت فى مدن ايطاليا بعض صور التنازع بين القواعد والاعراف الداخلية لتلك المدن من ناحية ، وبينها وبين القانون الرومانى من جهة ثانية ، وكان يطلق على هذه الاعراف "قوانين" أو "أحوال" ومن ثم اطلق اصطلاح الأحوال الشخصية ويقصد به مجموعة القواعد والاعراف التى تنظم المسائل المتعلقة بالأشخاص ، ليقابل بذلك اصطلاح الاحوال العينية التى يقصد بها مجموعة القواعد التى تنظم المسائل المتعلقة بالمركز القانونى للاموال .

وقد استقرت هذه المصطلحات وصارت دارجة الاستخدام فى الكتابات الفقهية المعاصرة ، الا أنه ونظرا لصعوبة وضع تعريف جامع مانع للاحوال الشخصية فقد جرى العمل على تعداد المسائل التى جرى العمل على ادراجها تحت هذا المصطلح ، والتى تختلف من دولة لأخرى.

ومع ذلك فبأمكاننا الاسترشاد بنص المادة ١٣ من القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ الخاص بتنظيم القضاء على اثر الغاء المحاكم المختلطة فى مصر[1]. والتى كانت تنص على أن "تشمل الاحوال الشخصية ..... المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الاسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما

---

(١) الغى هذا القانون بالقانون رقم ٤٦١ لسنة ١٩٥٥ الذى لم يتضمن هو ولا القوانين اللاحقة عليه نصا مماثلا لنص المادة /١٣ المشار اليها .

المتبادلة والمهر والدوطة ونظام الاموال بين الزوجين والطلاق والتفريق والبنوة والاقرار بالابوة وانكارها والعلاقة بين الاصول والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبني والولاية والوصايا والقوامة والحجر والاذن بالادارة وبالغيبة واعتبار المفقود ميتا ، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة الى ما بعد الموت.

فمع أن هذا النص قد الغي بتشريعات لاحقة الا ان الفقه ما يزال يرى ان بالامكان الاستعانة به ، علاوة على أن للقاضي المصرى ان يفحص كل حالة تعرض عليه ليقرر ما اذا كانت من مسائل الاحوال الشخصية ام لا بأعتبار ان هذه مسألة من مسائل الوصف القانوني او التكييف التى يتولاها القضاء وفق القانون الوطنى .

وسوف نعالج هذه المسائل فى الفصول الاتية :

الفصل الأول : الحالة والاهلية .

الفصل الثانى : الزواج .

الفصل الثالث : مسائل النسب والنفقات .

الفصل الرابع : المواريث والوصايا .

# الفصل الأول

## الحالة والاهليــة

جمع المشرع بين مسائل الحالة والأهلية فى طائفة قانونيــة واحـدة ووضع لها قاعدة اسناد واحدة بنص المادة /١١ من القانون المدنى والتــى نصت على أن "الحالة المدنيــة للاشـخاص وأهليتهم يسـرى عليهـا قـانون الدولة التى ينتمون اليها بجنسيتهم ، ومع ذلك ففى التصرفات المالية التــى تعقد فى مصر وترتب آثارها فيهـا، اذا كـان أحد الطرفيـن أجنبيا نـاقص الأهليـة وكـان نقـص الاهليـة يرجـع الـى سـبب فيـه خفـاء لا يسـهل علـى الطرف الآخر تبينه فان هذا السبب لا يؤثر فى أهليته .

أما النظام القـانونى للاشـخاص الاعتباريـة الاجنبيـة مـن شـركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها ، فيسرى عليه قـانون الدولـة التــى اتخـذت فيها هذه الاشخاص مركز ادارتها الرئيسى الفعلى. ومع ذلك فاذا باشــرت نشاطها الرئيسى فى مصر ، فان القانون المصرى هو الذى يسرى".

ومع ذلك فأننا سوف نعرض لكل من الحالة والأهلية فى المبحثيـن التاليين .

## المبحث الأول

## الحــــالة

**أولا : حالة الشخص الطبيعى :**

يمكـن تعريـف الحالـة بأنـها "جملـة الصفـات التــى تحـدد مركـز الشخص من اسرته ودولته". فالحالـة مجموعـة مـن الصفـات تقـوم علـى أسس من الواقع كالسن والذكورة والانوثة والصحة ، او علـى اسـس مـن

القانون كالزواج والحجر والجنسية .[١]

**وحالة الشخص** هى اذن الخصائص التى تحدد وضعه ومركزه القانونى ، **وتتأثر بها** مجموعة الحقوق والواجبات المقررة له او عليه .

وقد ميز واضعى نص المادة /١١ فى المذكرة التمهيدية المرفقة بالقانون المدنى المصرى بين نوعين من الحالة :

١ - **الحالة العامة** : اى تبعية الفرد للدولة تبعية سياسية وهى "الجنسية".

٢ - **الحالة الخاصة** : اى الوضع القانونى للشخص بالنسبة لاسرته . "متزوج ، اعزب ، ابن ، اب ، اخ .... ".

**- القانون الواجب التطبيق :**

استقر الفقه على أن الحالة الخاصة هى المقصود بالقاعدة الواردة بنص المادة /١١ ، ومن ثم تخضع لقانون جنسية الشخص .

اذ أن الحالة العامة "أى الجنسية" ليست موضوعا لتنازع القوانين فلا تخصها قواعد اسناد وانما تخضع للقواعد التى تحكم التمتع بالجنسية، اذ تخضع لقانون الدولة التى يدعى الشخص إنتماءه اليها بجنسيته ، اعمالا لمبدأ حرية كل دولة فى تنظيم جنسيتها . واذا كنا بصدد حالة من حالات ازدواج الجنسية فإن قانون جنسية القاضى يكون هو الواجب التطبيق اذا ما كانت من بين الجنسيات التى يدعيها الشخص فإن كان الشخص عديم الجنسية طبق قانون موطنه بشأن حالته العامة أو السياسية.[٢]

---

[١] انظر المذكرة الايضاحية المرفقة بالمشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى .
[٢] أنظر الدكتور عز الدين عبد الله . المرجع السابق . بند ٧٩ والدكتور احمد عبد الكريم .

**- مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على الأسم :**

اختلف الرأى فى شأن القانون الواجب التطبيق على الاسم بحسب اعتباره من عناصر الحالة وبالتالى من الاحوال الشخصية أم لا .

فبينما لم يعتبر الاسم فى البلاد الانجلوسكسونية من مسائل الاحوال الشخصية اتجه القضاء الفرنسى والايطالى وايده الفقه المصرى الى اخضاعه لقانون الجنسية بأعتباره أمراً لصيقا بالشخص ويميزه عن غيره.[1]

**ثانيا : حالة الشخص المعنوى :**

أدى التطور المعاصر للحاجات والظروف الاقتصادية والاجتماعية الى الاعتراف لجماعات من الاشخاص كالشركات والجمعيات ، أو لجماعات من الاموال كالمؤسسات ، بالشخصية القانونية أو الصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ، ولم يعد نشاط هذه الكيانات قاصراً على المعاملات الوطنية المحضة بل امتدت عبر الحدود الاقليمية للدول فى صورة الشركات غير الدولية النشاط وقد نظم المشرع المصرى حالة هذه الاشخاص المعنوية بنص المادة ٢/١١ من القانون المدنى التى نصت على أن :

"أما النظام القانونى للأشخاص الاعتبارية الاجنبية ، من شركات وجمعيات ومؤسسات ، فيسرى عليها قانون الدولة التى اتخذت فيها هذه الاشخاص مركز ادارتها الرئيسى الفعلى . ومع ذلك فاذا باشرت نشاطها الرئيسى فى مصر فأن القانون المصرى هو الذى يسرى".

من هذا النص يتضح أن النظام القانونى للاشخاص الاعتبارية

---

المرجع السابق . ص ٣٥٩.

[1] انظر الدكتور عز الدين عبد الله . المرجع السابق . ص ٢٠٠.

الاجنبية[1] ، أى تمتعها بالشخصية المعنوية من عدمه، وتنظيمها، وكل ما يتعلق بتكوينها وادارتها وبالتصرف المنشىء لها ، وطرق تعديل هذا التصرف وما يترتب من أثر على هذا التعديل ، وكذلك كل ما يتعلق بكيفية وأسباب انقضاء الشخص الاعتبارى . فتخضع جميع هذه المسائل لقانون الدولة التى يوجد بها مركز الادارة الرئيسى الفعلى للشخص الاعتبارى ، والشركة او الجمعية أو المؤسسة.

ولكن ما هو المقصود بتحديد مركز الادارة الرئيسى بأن يكون هو مركز الادارة الفعلى ؟

قد تتعدد الهيئات القائمة بادارة الشخص الاعتبارى وتكون موزعة بين عدة دول ، وقد يكون مركز الادارة ، المحدد بعقد التأسيس ، صوريا ولذلك اشترط ان يكون مركز الادارة العليا فعليا ، ويقصد بذلك ان يكون مركز الادارة مرتبطا ارتباطاً حقيقياً بالدولة ويباشر وظائفه الرئيسية بها.

**حالة تطبيق القانون المصرى (استثناء) :**

آتى المشرع المصرى باستثناء هام على القاعدة العامة عندما نصت الفقرة الأخيرة من المادة ٢/١١ على أنه "ومع ذلك فأذا باشرت نشاطها الرئيسى فى مصر فان القانون المصرى هو الذى يسرى".

---

[1] عرفت المذكرة الايضاحية المقصود بالنظام القانونى للشخص الاعتبارى وفقا لما هو وارد بالمتن واخرجت منه المعاملات المالية التى ينطبق فى شأنها القانون الذى تحدده قاعدة الاسناد التى تحكم الرابطة القانونية التى يكون الشخص الاعتبارى طرف فيها . انظر الدكتور هشام صادق . المرجع السابق بند ١١٢ و ١١٤ ص ١١٧. فى تنازع القوانين فى شأن نشأة الشخص الاعتبارى ، علاقة الشركة بالمكتتبين وتقدير الحصص العينية وتقويمها واجراءات الشهر ونظام الصكوك التى يصدرها ونشاط الشخص الاعتبارى وانحلاله وتصفيته وحقوق الدائنين فى دور التصفية وقسمة امواله وكذلك البنود ١٢١ حتى ١٢٤ فى افلاس الشخص الاعتبارى . وانظر الدكتور احمد عبد الكريم . المرجع السابق . ص ٣٦١.

وعلى ذلك فاذا كان الاقليم المصرى هو مكان الاستغلال أو النشاط الرئيسى للشخص الاعتبارى خضع هذا الشخص للقانون المصرى وذلك حتى ولو كان مركز الادارة الرئيسى الفعلى فى دولة أخرى.

فبهذا الاستثناء أراد المشرع حماية المصالح الاقتصادية والتجارية التى يرتبط بها ممارسة الاشخاص الاعتبارية الاجنبية نشاطها الرئيسى فى مصر. فترك الأمر لقانون مركز الادارة الرئيسى الفعلى قد يؤدى الى الاضرار بتلك المصالح .

ولا يكفى هنا أن يمارس الشخص الاعتبارى نشاطا أيا كان حجمه، بل يلزم أن يكون نشاطا رئيسيا غير ثانوى . فكون النشاط الذى يمارسه الشخص الاعتبارى نشاطا رئيشيا يقوى الرابطة بين الشخص الاعتبارى والقانون المصرى ، واللازمة لتبرير تطبيق هذا الاخير . كما أن هذا يبرز أن المصالح الاقتصادية والتجارية لمصر تتأثر بهذا النشاط مما يستوجب حمايتها بتطبيق القانون المصرى.[١]

## المبحث الثانى

## الأهلية

يميز الفقهاء بين أهلية الوجوب (Capacite de Jouissance) وأهلية الأداء (Capacite d'exercice) .

**- أهلية الوجوب :**

تعرف أهلية الوجوب بأنها صلاحية الانسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه . وأهلية الوجوب بهذا التعريف هى فى الواقع الشخص ذاته منظورا اليه من الناحية القانونية .

---

[١] انظر الدكتور احمد عبد الكريم . المرجع السابق . ص ٣٦٢.

فالشخص ، سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا اعتباريا انما ينظر اليه القانون من ناحية أنه صالح لأن تكون له حقوق وعليه واجبات . فكل انسان شخص قانونى تتوافر فيه اهلية الوجوب . وتثبت له هذه الاهلية من وقت ميلاده، بل وقبل ذلك من بعض الوجوه عندما يكون جنينا ، إلى وقت موته ، بل وبعد ذلك الى حين تصفية تركته وسداد ديونه. وكذلك الشخص الاعتبارى شخص قانونى تتوافر فيه اهلية الوجوب ، لأن الشخصية الاعتبارية ليست فى الواقع الا القابلية لامتلاك الحقوق وتحمل الواجبات .

فاذا انعدمت ، أهلية الوجوب انعدمت الشخصية معها ، وذلك كالشركة بعد أن تصفى .

**أهليـة الاداء :**

وتعرف اهلية الأداء بأنها صلاحية الشخص لاستعمال الحق. ويقع ان تتوافر للشخص أهلية الوجوب دون اهلية الاداء ، فيكون مستمتعاً بالحق ، وهذه هى أهلية الوجوب ، دون أن يستطيع استعماله بنفسه ، وهذه هى أهلية الأداء .

ويتبين من ذلك أنه يمكن فصل اهلية الوجوب عن اهلية الأداء فصلا تاما . والذى يعنينا هنا هو أهلية الأداء .[1]

**القانون الواجب التطبيق على اهلية الوجوب :**

رغم ان نص المادة /١١ قد اطلق القول بسريانه على اهلية الأشخاص الا ان الرأى الراجح هو عدم سريانه على أهلية الوجوب [2].

---

[1] انظر الدكتور عبد الرزاق السنهورى . الوسيط فى شرح القانون المدنى . نظرية الالتزام بوجه عام المجلد الأول . ط ١٩٨١ . ص ٣٤١ ومابعدها .

[2] انظر الدكتور عز الدين عبد الله . المرجع السابق . بند ٨١ والدكتور هشام صادق : المرجع السابق. بند ١٦١.

**وقد اختلف الرأى فى تحديد القانون الذى تخضع له أهلية الوجوب :**

حيث اتجه البعض إلى أنها تخضع للقانون المصرى وحده باعتباره القانون الاقليمى[1] .

بينما ذهب آخر إلى أنه يجب التفرقة بين الحقوق التى يمكن اكتسابها فى مصر ، حيث تخضع للقانون المصرى والحقوق التى يمكن التمتع بها فى الخارج فتخضع لقانون جنسية الشخص[2] .

وقد اتجه فريق ثالث الى أن القانون الذى تخضع له اهلية الوجوب يختلف باختلاف الحق المراد معرفة مدى تمتع الشخص به ومن ثم باختلاف النظام القانونى الذى يندرج تحته هذا الحق . فحق الشخص فى ان يوصى يدخل فى نظام الوصية وبالتالى يخضع لقانون الجنسية عملا بالمادة ١٧/ من القانون المدنى المصرى ، وحقه فى أن يمتلك يدخل فى نظام الملكية وبالتالى يخضع لقانون المال عملا بالمادة ١٨/.[3]

بل وذهب فريق رابع الى وجوب اخضاع اهلية الاجانب لقانون جنسيتهم بالنسبة للحقوق الداخلة فى مسائل الاحوال الشخصية ولقانون الموطن بالنسبة للعلاقات المالية[4].

ونحن نميل إلى رأى الفريق الثالث اذ لا تخضع أهلية الوجوب لقانون واحد ، بل أنه قد تتعدد القوانين بشأنها . بحيث تخضع للقانون الذى يحكم الحق أو المركز القانونى محل النزاع الذى يراد معرفة هل الشخص يتمتع به من عدمه .

---

[1] انظر الدكتور عز الدين عبد الله . المرجع السابق . الجزء الأول . بند ١٧٠.

[2] انظر الدكتور جار جاد عبد الرحمن . تنازع القوانين . بند ١٢٩.

[3] انظر الدكتور هشام صادق . المرجع السابق . بند ١٦١ والدكتور/ احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٣٦٤.

[4] انظر الدكتور حامد زكى . المرجع السابق . ص ١٥٣-١٥٧.

بمعنى أن أهلية وجوب الشخص بشأن الزواج تخضع للقانون الذى يحكم نظام الزواج ، واهلية وجوب الشخص للوصية يجب أن تخضع للنظام القانونى الواجب التطبيق على الوصية .

**القانون الواجب التطبيق على اهلية الاداء :**

**١ ـ القاعدة العامة :**

اخضع المشرع اهلية الاداء العامة للشخص لقانون الدولة التى ينتمى اليها بجنسيته .

فاذا ثار نزاع حول اهلية أداء احد المصريين فى خصوص منازعة تتعلق بعقد دولى أو أى تصرف قانونى آخر ، فإن القانون المصرى هو الذى يحدد معنى الاهلية ، وصلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية محل النزاع وكذلك اذا ثار نزاع حول أهلية أحد الفرنسيين ، أو الانجليز ، فان القانون الفرنسى أو الانجليزى هو الذى يحكم المنازعة المثارة حول الاهلية .

ويدخل فى اختصاص قانون جنسية الشخص الذى يثور نزاع حول أهلية أدائة تحديد الأهلية حسب السن ومعرفة ما اذا كان صبيا مميزا ، أو بالغاً رشيدا وتحديد الجزاء المترتب على مباشرة ناقص الاهلية لتصرفات معينة ، وكذلك يرجع الى قانون الجنسية لتحديد صحة التصرفات التى يمارسها من إنتابه عارض من عوارض الأهلية كالجنون والسفه والعته والغفلة .

- ولكن لا يدخل فى نطاق قانون الجنسية ، ما يثور من نزاع حول أهلية الأداء الخاصة لبعض الاشخاص . وهى التى لا ترتبط بالتمييز ، ولكن قررت حماية لمصلحة معينة ، كمنع رجال القضاء من شراء الأموال المتنازع عليها ، أو منع المرأة المتزوجة من كفالة زوجها

فأهلية الآداء هنا خاصة لا تخضع لقانون الجنسية ، بل للقانون الواجب التطبيق على التصرف القانوني المقصود من تقييد الأهلية بشأنه[١] .

**٢ - الاستثناء على القانون الواجب التطبيق على الأهلية :**

اوضحنا أن مناط اهلية الأداء هو التمييز . والتمييز تتدرج حسب مراحل السن التى يمر بها الشخص. فمن الولادة حتى سن السابعة يكون الشخص غير مميز وغير أهل لمباشرة حقوقه المدنية وسائر التصرفات القانونية . ومن سن السابعة حتى بلوغ سن الرشد يكون الشخص ناقص التمييز ، وبالتالى ناقص أو غير كامل الاهلية بالنسبة لممارسة بعض التصرفات القانونية. أما اذا بلغ الشخص سن الرشد فيكون أهلا لمباشرة سائر التصرفات والاعمال القانونية .

وسن الرشد اللازم لكمال أهلية الأداء ليس واحدا بين مختلف النظم القانونية . فهناك من الدول من تحدد سن الرشد باحدى وعشرين سنة كما هو الحال فى القانون المصرى (م ٢/٤٤ من القانون المدنى)، وهناك البعض الاخر يحدده بثمانى عشر سنة كالقانون الفرنسى والبلجيكى والانجليزى أو بخمس وعشرين سنة ، كالقانون المكسيكى .

والحال كذلك فان اخضاع أهلية الشخص لقانون الدولة التى ينتمى اليها بجنسيته فى جميع الحالات قد يسبب اضطرابا فى معاملات التجارة الدولية، ويزعزع الثقة بين المتعاملين فى المجال الدولى فقد لا يعلم المتعاقد الوطنى الذى يتعامل مع أجنبى أهلية هذا الاخير . فقانون الدولة التى ينتمى اليها المتعامل الاجنبى قد يحدد سن الرشد بأقل مما يحدده القانون الوطنى ، وقد يجد المتعامل الأجنبى مصلحة فى التنصل من

---

[١] الدكتور عز الدين عبد الله . المرجع السابق . ص ١٥٩ ، والدكتور احمد عبد الكريم . المرجع السابق . ص ٣٦٥.

التزاماته، فيدفع بابطال التصرف الذى ابرمه مع أحد الأفراد ، استنادا الى أنه غير كامل الأهلية أو أنه لم يبلغ سن الرشد وفقا لقانون جنسيته.

- فما هو السبيل الى حماية المتعاقد حسن النية الذى يجهل بنقص اهلية الطرف الآخر .

وقد ذهب القضاء الفرنسى الى عدم تطبيق قانون الدولة التى ينتمى اليها الشخص بجنسيته على أهلية الاداء اذا كان الشخص ناقصها حسب أحكامه وكان الطرف الآخر فى التعامل يعتقد بحسن نية كمال أهلية الطرف الأول . وكان هذا فى قضية شهيرة هى قضية (ليزاردى) LIZARDI .

وتتلخص وقائع تلك القضية فى ان شابا من المكسيك يبلغ من العمر ٢٣ سنة ، كان قد اشترى من بعض محلات باريس مجوهرات بمبلغ كبير من الفرنكات وحرر بهذا المبلغ سندات تستحق على فترات ولما طالبه الدائنون الفرنسيون بدفع قيمة السندات التى حل أجلها ، دفع ببطلان التصرف لنقص أهليته ، حيث أن القانون المكسيكى الواجب التطبيق على أهليته ، يحدد سن الرشد بخمس وعشرين سنة .

وقد ايدت محكمة النقض الفرنسية قضاة الموضوع فى صحة التصرفات التى أبرمها (ليزاردى) والزامه بالوفاء بقيمة السندات التى حررها . واستندت المحكمة الى أنه من غير المعقول أن يلتزم الفرنسيون ، من التجار أو غيرهم ، بالعلم وبمعرفة أحكام قوانين الدولة المختلفة ، سيما المتعلقة منها بتحديد سن الرشد ، ويكفيهم أن يكونوا قد تصرفوا مع الطرف الأجنبى بحسن نية ، وبغير خفة وتبصر ، حتى يكون تعاملهم صحيحا قانونا ..

وقد قنن القانون المصرى ، وكثير من القوانين المقارنة، هذا

الحل. فنص في المادة ٢/١١ على أنه (.. ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في مصر وترتب آثارها فيها اذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية، وكان نقص أهليته يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فان هذا السبب لا يؤثر في أهليته).

ويشترط لاعمال هذا الاستثناء عدة شروط :

**الشرط الأول : أن يتعلق الأمر بتصرف مالي**

فاذا كان التصرف الذي كان الاجنبي ناقص الأهلية طرفا فيه من التصرفات والروابط المتعلقة بالاحوال الشخصية. فلا يعمل حكم هذا الاستثناء . فهذه الروابط والعلاقات تحاج الى درجة كبيرة من حيطة ولا يعذر الفرد بجهله بصفات الطرف الآخر .

**الشرط الثاني : أن يكون التصرف قد عقد في مصر ورتب آثاره فيها :**

وهذا شرط جوهري يبرر الرابطة الضرورية بين النزاع والقانون المصري الذي يقضي بعدم الاعتداد بنقص أهلية المتعاقد الأجنبي . فالتصرفات التي تبرم أو ترتب آثارها في الخارج ، لا شأن للقانون المصري في أن يحمي الطرف حسن النية بالنسبة لها .

وعلى عكس ما يرى البعض من كفاية ابرام التصرف في مصر دون إشتراط ترتيب آثاره فيها ، فاننا نرى ضرورة أن يبرم أو يعقد التصرف في مصر ويرتب آثاره فيها . فمجرد إبرام التصرف لا يشكل الرابطة الضرورية لإعمال حكم المادة ٢/١١ من القانون المدني ويدع المجال للغش والتحايل ولاشك أن انتاج التصرف لآثاره في مصر أكثر وزنا ودلالة على اتصال التصرف بالنظام القانون المصري .

**الشرط الثالث : أن يكون نقص أهلية الطرف الأجنبى يرجـع الـى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف لآخر تبينه:**

فخفاء نقص أهلية المتعاقد الاجنبى يترجم حسن نية المتعاقد الآخر الـذى يجب حمايتـه. ولا صعوبـة فـى إثبـات حسـن النيـة هـذا ويمكـن الاستدلال عليه بقرائن الحال. فكون المتعاقد الاخر أجنبى الجنسية ، يعد قرينة على حسن النية.

وينتفى حسن النية اذا كان الشخص المتمسك بالحماية ، قد سبق له التعامل مع الطرف الآخر أو كثير التعـامل ،وفقـا لطبيعـة تجارتـه ، مـع أجانب من جنسيات مختلفة فيجب أن يحتاط ويكون على علم بحالـة مـن يتعامل معهم . وعمومـا ، يستعين القـاضى هنـا بمعيـار موضوعـى فـى تقدير حرص ومدى عناية وتحوط الشخص المتمسك بالحماية .

- ويستوى فى ذلك أن يكون المتعامل حسن النية ، وطنيا مصريـا أو أجنبيا موجودا بمصر ولا يقتصر حكـم هـذا الاستثناء علـى الوطنييـن دون سواهم . فـالغرض منـه هـو تـأمين واستقرار التعـامل علـى الاقليم المصرى، وحماية حسنى النية من الاجانب والوطنيين دون تفرقة .

فإذا توافرت الشروط السابقة ، فلا يعتد القاضـى المصـرى بنقص أهلية المتعاقد الأجنبى الذى يقرره قـانون جنسيته ، ويقضـى بصحـة مـا أبرمه من تصرفات فى الاقليم المصرى مع أشخاص حسنى النية.

**حماية غير كاملى الأهلية :**

جعل المشرع الوضعى التميـيز مناطـا للأهليـة. وباعتبـار التميـيز يمكن التفرقة بين : أهليـة الآداء الكاملـة ، وأهليـة الآداء غـير الكاملـة أو الناقصة . فهل يختلف القانون الواجب التطبيق على أهليـة الآداء الكاملـة عن ذلك الذى يحكم أهلية الاداء الناقصة ؟

**أولا : القانون الواجب التطبيق :**

لم يخرج المشرع هنا عن القاعدة العامة فى إسناد مسائل الاحوال الشخصية ، أى قانون الدولة التى يحمل الشخص جنسيتها. فنص فى المادة ١٦ من القانون المدنى على أن "يسرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجوزين والغائبين قانون الشخص الذى تجب حمايته".

وكما أن القانون الذى يحكم أهلية الآداء العامة هو قانون الدولة التى ينتمى اليها من يثور نزاع حول أهليته ، فان القانون الذى ينظم حماية غير كاملى الأهلية من ناحية إدارة أموالهم هو أيضا قانون الدولة التى ينتمى اليها الشخص ناقص أو غير كامل الأهلية .

ولما كانت حماية القاصر أو غير كامل الأهلية لا تقتصر على نفسه، بل تمتد الى أمواله فقد يمكن القول بأن قانون جنسية الشخص ناقص الاهلية يحكم الولاية على النفس والولاية على المال ولكن هذا لا يمكن التسليم به . فالولاية على النفس تعتبر أثرا من آثار الزواج أو آثار النسب وهى بهذا الوصف تخضع للقانون الذى يحكم آثار الزواج، وهو قانون جنسية الاب .

وبذلك يقتصر حكم المادة ١٦ على مسائل الولاية على المال فقط بحيث تخضع لقانون جنسية الشخص ناقص أو غير كامل الأهلية.

**ثانيا : نطاق تطبيق القانون المختص :**

لا يحكم قانون الدولة التى ينتمى اليها ناقص الأهلية الا المسائل الموضوعية فى الولاية على المال . وتحديد ما يعد من مسائل الولاية على المال يعتبر من مسائل التكييف التى يملكها القاضى المختص حسب قانونه ويعتبر من مسائل الولاية على المال ، كل ما يتعلق بتعيين النائب القانونى عن القاصر أو توقيع الحجر على من انتابه عارض من

عوارض الاهلية كـالجنون والعتـة والسفه والغفلـة . أو تعيين قيم عليـه وكذلك إثبات الغيبـة وتثبيت الوكيل عن الغائب. وبيان نطـاق سلطات الولى أو الوصى أو القيم، وحكم التصرفـات التـى يبرمونهـا خـارج تلك السلطات وتقرير استمرار الولايـة أو الوصايـة أو القوامـة أو سلبها أو الحد منها أو وقفها اذا كانت أموال القاصر أو المحجوز عليـه أو الغـائب اصبحت فى خطر بسبب سوء تصرف النائب القانونى .

ولكن لا يدخل فى اختصاص قانون من تجب حمايتـه ، المسـائل التـى تتصل أكثر بشخص الولـى أو الوصـى أو القيـم ، كتقدير أسـباب إمتناعه عن قبول الوصاية أو القوامة ، فهى تخضع لقـانون جنسيته كمـا لا يخضع لقانون جنسية من تجب حمايتـه ، المسـائل الاجرائيـة المتعلقـة بالولاية والوصايا والقوامة ، فهـى تخضـع لقـانون القـاضى فـاذا عـرض النزاع أمام القاضى المصرى، فهو يطبـق القواعد الاجرائيـة التـى نـص عليها قانون المرافعات المصـرى فـى شـأن مسـائل الاحـوال الشـخصية. وهو يستمد اختصاص تلك القواعد بحكم تلك المسائل ذات الطابع الدولـى من المادة ٢٢ من القـانون المدنـى المصـرى وهـى قـاعدة اسـناد تقضـى بخضـوع كافـة المسـائل الاجرائيـة لقـانون القـاضى، أى القـانون المصرى.[١]

**الأهلية والنظام العام فى مصر :**

احكام الأهلية من النظام العام ، فلا يجوز أن يعطى شخص أهليـة غير متوافرة عنده . كمـا لا يجوز الحرمـان مـن اهليـة موجـودة أو الانتقاص منها. وكل اتفاق على شىء من ذلك يكون بـاطلا . وإلـى ذلك تشير المادة ٤٨ من التقنين المدنى اذ تنص على أنه "ليـس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها.

---

[١] أنظر الدكتور احمد عبد الكريم . المرجع السابق . ص ٣٧٠ ومابعدها .

# الفصل الثانى

## الـزواج

الزوجية سنة من سنن الله فى الخلق والتكوين ، وهى عامة مطردة لا يشذ عنها عالم الإنسان وهى الاسلوب الذى اختاره الله لاستمرار الحياة فوضع له النظام الملائم لصيانة كرامة الانسان وحفظ شرفه وكونه خليفة الله فى الأرض .

والزواج فى الشريعة الاسلامية ، هو عقد رضائى بين رجل وامرأة ، مادام يصح التعاقد بينهما ، يفيد حل الاستمتاع والانجاب بينهما ، ويجعل منهما أساس أسرة ، ويرتب لكل منهما حقوقا على الآخر.

ويتميز الزواج فى الشريعة الاسلامية بكونه رابطة يمكن أن تتعدد ويمكن أن تنحل بأرادة الزوج .[١]

ولما كنا بصدد بحث حالات الزواج المختلط فأنه يتعين على القاضى المصرى عند تحديده لفكرة الزواج ، الا يتقيد بالخصيصتين المميزتين للزواج فى الشريعة الاسلامية . وعليه أن يأخذ بجوهر فكرة الزواج فى ذاته بمفهومه العام المتعارف عليه فى مختلف الدول .

وقد حرص المشرع المصرى على تنظيم مسائل الزواج بقواعد اسناد خاصة تشمل الجوانب المختلفة للعلاقة الزوجية من نشأتها حتى انقضائها. ولأهمية هذه الرابطة القانونية فقد افرد المشرع لانعقاد الزواج قاعدة تختلف عن تلك التى لاثاره وتختلف عن القاعدة التى تحدد القانون الواجب التطبيق على انقضاءه .

---

[١] فيما عدا حالة الخلع ، أنظر المادة ٢٠ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ ، بشأن تنظيم بعض أوضاع واجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية .

## المبحث الأول

## انعقاد الزواج

الزواج كغيره من التصرفات الارادية التى يلزم أن يتوافر فيها مجموعة من الشروط الموضوعية ويلزم لها أن تتحقق وفق شروط شكلية معينة .

وبينما لم يضع المشرع قاعدة اسناد خاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لعقد الزواج مكتفيا بالقواعد العامة بشأن التصرفات القانونية ، حرص على النص صراحة على قاعدة الاسناد التى يتحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية. ولهذا السبب فأنه سيكون من الواجب على القاضى المصرى تبين ما اذا كان الشرط محل النزاع من الشروط الشكلية أم الموضوعية لعقد الزواج قبل أن يتمكن من تحديد قاعدة الاسناد المناسبة للتطبيق .

### المطلب الأول

### تكييف شروط انعقاد الزواج

اذا كانت القاعدة التى اخذ بها المشرع صراحة بشأن التكييف بصفة عامة هى تطبيق قانون القاضى (المادة /١٠ من القانون المدنى) وكان تحديد ما يعد من الشروط الموضوعية للزواج من مسائل التكييف القانونى فأن القانون الواجب التطبيق بشأنها سيكون بالضرورة هو القانون المصرى .

ومن المعلوم أن النظام القانونى المصرى يتضمن العديد من الشرائع الداخلية التى تنظم الزواج . وتعد الشريعة الاسلامية الشريعة

العامة الواجبة التطبيق بالنسبة للمسلمين ولمختلفى الملة والطائفة من غير المسلمين .[١]

وبجانب الشريعة الاسلامية هناك عدد من الشرائع الطائفية والملية التى سمح المشرع المصرى بتطبيق احكامها على افراد الطائفة والملة فى مجال الزواج .[٢]

وباستعراض مختلف الشروط التى تتطلبها الشريعة الاسلامية لانعقاد الزواج يمكن القول أن هذه الشروط جميعها تعد من قبيل الشروط الموضوعية ، فالشروط المتعلقة بوجود الارادتين وتطابقهما كوجوب كون العاقدين مميزين وكاتحاد مجلس الايجاب والقبول وعدم رجوع الموجب قبل القبول تعد من الشروط الموضوعية كذلك يعتبر من الشروط الموضوعية كل ما يتعلق بمحل العقد أى صلاحية المرأة لان تكون محلاً للعقد وكونها غير محرمة على من يريد الزواج منها. ويعتبر من الشروط الموضوعية أيضا شروط النفاذ وهى أن يكون لمن تولى انشاء العقد ولاية انشائه ، كما يدخل ضمن هذه الشروط أيضا شروط اللزوم كشرط الا تزوج البالغة العاقلة نفسها من غير كفء وشرط ألا يقل المهر عن مهر المثل اذا زوجت البالغة العاقلة نفسها دون اشتراك الولى . ويمكن فى الواقع رد مختلف الشروط التى تقضى بها الشريعة الاسلامية الى فئتين رئيسيتين ، الفئة الأولى تتصل برضاء أطراف

---

[١] فالشريعة الاسلامية هى القانون العام الواجب التطبيق فى مسائل الاحوال الشخصية وفقا لأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة . والاستثناء على ذلك ما ورد بشأنه قوانين خاصة . (المادة ٢٨٠ من اللائحة الشرعية والمادة /٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥) . أنظر نقض فى الطعون أرقام ٣٧٥ ، ٤٧٨ ، ٤٨١ لسنة ٦٥ق. أحوال شخصية جلسة ١٩٩٦/٨/٥ مج الاحكام الصادرة عن المكتب الفنى . السنة ٤٧ قاعدة رقم ٢١٢ ص ١١٣٤ العدد الثانى .

[٢] اتحاد الطائفة والملة العبرة فيه بوقت رفع الدعوى ، وتغييرهما لا أثر له الا اذا إلى الاسلام . أنظر حكم محكمة النقض - دائرة الاحوال الشخصية فى الطعن رقم ٢٨٠ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٦/١٢/١٦ مج الاحكام . السنة ٤٧. قاعدة رقم ٢٨٦ ص ١٥٧٠.

الزواج أنفسهم أو برضاء من له الولاية عليهم والفئة الثانية تتعلق بانتفاء موانع الزواج . ولم تتطلب الشريعة ضرورة عقد الزواج وفقا لطقوس دينية معينة .

أما الشرائع الغير اسلامية التى تطبق فى مصر فمنها ما يتضمن بجوار هاتين الفئتين من الشروط الموضوعية فئة ثالثة وهى تلك المعلقة بشرط ابرام الزواج أمام جهة دينية خاصة. وفى هذه الحالة لا ينعقد الزواج صحيحا الا بتدخل رجل الدين عن طريق قيامه بطقوس معينة ، وهذه الطقوس ليست مجرد صورة يظهر فيها اتفاق الطرفين وانما تعد شرطا جوهريا لا ينشأ الزواج دون تحققه .

وعلى ذلك فاذا ما أراد القاضى المصرى تكييف الشروط محل النزاع لتحديد ما اذا كانت تعد من الشروط الموضوعية أو الشكلية تعين عليه أولا تحديد الطائفة الدينية التى ينتمى اليها أطراف الزواج. فاذا كان طرفا العلاقة ينتميان الى طائفة وملة واحدة وكانت من بين تلك التى تطبق شريعتها على المصريين غير المسلمين وفقا لنص المادة ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، ففى هذه الحالة يتعين الرجوع الى هذه التشريعات لتحديد الطبيعة القانونية للشرط محل النزاع ، فاذا كان الشرط يعتبر فى نظر هذه الشريعة من الشروط الموضوعية التى لا ينعقد العقد دون توافرها وجب اعتباره كذلك وخضع لقاعدة الاسناد الخاصة بالشروط الموضوعية . أما اذا كان طرفا العلاقة من المسلمين أو كانا مختلفى الملة أو الطائفة فحينئذ يتعين الرجوع فى تحديد ما اذا كنا بصدد شرط موضوعى أو شرط شكلى الى أحكام الشريعة الاسلامية مع تفسيرها بالمعنى الواسع حتى يتلاءم مع واقع العلاقات ذات الطابع الدولى.

ويعتبر بدء القاضى بتحديد الطائفة الدينية التى ينتمى اليها أطراف

النزاع فى رأينا أمرا جوهريا فيما يتعلق بتكييف شروط انعقاد الزواج. وتظهر هذه الاهمية بصفة خاصة بالنسبة للحالة التى يكون فيها الشرط محل النزاع هو وجوب اجراء الزواج وفقا لمراسيم دينية معينة . فابرام الزواج وفقا لمراسيم دينية يعد، كما سبق أن أوضحنا ، من الشروط الموضوعية وفقا لبعض الشرائع المعمول بها فى مصر كما يعد كذلك فى بعض النظم القانونية الاجنبية كالنظام اليونانى . فى حين أنه يعد فى الشريعة الاسلامية وبعض النظم الاجنبية كالنظام القانونى الفرنسى من الشروط الشكلية .[١]

## المطلب الثانى

## الشروط الموضوعية للزواج

اذا ما أمكن تحديد الشروط الموضوعية لعقد الزواج يثور السؤال حول تحديد القانون الذى يحكم هذه الشروط ، سيما واننا بصدد زواج بين طرفين اجنبيين او احداهما على الأقل ، اذا ما نازع، صاحب مصلحة بدعوى ترفع أمام القضاء المصرى ، فى صحة الزواج استنادا إلى تخلف تلك الشروط .

وقد حسم المشرع المصرى المسألة عندما نص فى المادة ١٢ من القانون المدنى على أنه "يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين".

وعلة هذا الحكم واضحة اذ اننا بصدد انشاء علاقة يترتب عليها اثار فى غاية الاهمية فى حالة الانسان ولن يكون منطقياً أن تقوم هذه العلاقة فى ظل قانون دولة أحد الطرفين بينما تقع باطلة وفق قانون دولة الطرف الآخر .

---

[١] انظر الدكتور فؤاد رياض . احوال تنازع القوانين ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٩٨-١٩٩

ويثور فى العمل أحد فرضين :

١ - **وحدة جنسية الطرفين** . وهنا لا تظهر صعوبة فى أعمال القانون الواجب التطبيق ، اذ سيتم تطبيق قانون الدولة التى ينتميان اليها بجنسيتهما .

٢ - **اختلاف جنسية الطرفين** . وهنا يثور السؤال عن كيفية تطبيق قانون كلا الزوجين فى آن واحد ؟

وقد اتجه الفقه فى كيفية تطبيق مثل هذه القاعدة إلى اتجاهين بارزين :

**الاتجاه الأول : التطبيق الجامع للقانونين :**

فقد اتجه الفقه التقليدى الى تطبيق قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج علاوة على قانون الدولة التى تحمل الزوجة جنسيتها على الزوج ثم تطبيق كلا القانونين على الزوجة ، بحيث يجب ان يتوافر فى الزوج الشروط الموضوعية اللازمة لصحة الزواج التى يتطلبها قانون دولته، والشروط الموضوعية اللازمة لصحة الزواج التى يستلزمها قانون الدولة التى تنتمى اليها الزوجة ، ويجب أن يتوافر فى الزوجة الشروط الموضوعية التى يفرضها قانون دولتها ، بالاضافة الى الشروط التى يستلزمها قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج .

وكان مبرر هذه الوجهة من النظر أن الهدف هو كفالة قيام الاسرة على أساس سليم يتفق مع أحكام قانون كل من الزوجين ، الا أن الأخذ به يقود بالضرورة الى استحالة قيام الزواج المختلط أى بين مختلفى الجنسية، لاسيما اذا كان أحد القانونين أكثر تشددا من الآخر .

الاتجاه الثانى : التطبيق الموزع للقانونين :

اتجه الفقه والقضاء الراجح الى التطبيق الموزع لقانون كل من الزوجين . بمعنى أنه يكفى أن يتوافر فى كل طرف على حدة الشروط الموضوعية اللازمة لصحة الزواج والتى يفرضها قانون دولته ، دون تطلب استيفاء الشروط التى يفرضها قانون الطرف الآخر . فيكفى أن يتوافر فى الزوج الانجليزى الشروط الموضوعية التى يستلزمها القانون الانجليزى، ويتوافر فى الزوجة الفرنسية الشروط الموضوعية التى يراها القانون الفرنسى الخاص بأحكام الاسرة والزواج .

ومع ذلك يمكن الأخذ بالتطبيق الجامع لقانون كل من الزوجين فى شأن موانع الزواج فقط[١] . فاذا وجد مانع من الزواج فى قانون أحد الزوجين ، ولم يكن موجودا فى قانون الزوج الآخر، كان يمنع قانون الزوج الزواج ببنت الأخ ، بينما يبيحه قانون الزوجة . فالتطبيق الموزع هنا قد يسمح بقيام رابطة الزوجية. وهذا غير مقبول . حيث أن رابطة الزوجية لابد أن تكون صحيحة وفقا لقانون كل من الزوجين ولا يمكن منع قيام الزواج الا بالتطبيق الجامع لقانون كلا الزوجين ، بحيث يلزم لقيام الزواج صحيحا انعدام أى مانع فى قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وفى قانون الدولة التى تنتمى اليها الزوجة .[٢]

وقد اسلفنا أن النظام العام هو دفع يحول دون تطبيق القانون الاجنبى الذى عينته قاعدة الاسناد اذا كان يصطدم بالأسس والمبادىء الاقتصادية والاجتماعية والدينية التى يقوم عليها مجتمع دولة القاضى . وفى خصوص الشروط الموضوعية لصحة الزواج ، يحول النظام العام دون تطبيق القانون الاجنبى لكل من الزوجين اذا كان يمنع الزواج لسبب

---

[١] انظر الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٢٣٥.
[٢] انظر الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ٣٨٠.

اختلاف الجنس أو اللون أو الدين .

فيعتبر متعارضا مع النظام العام المصرى القانون الاجنبى الذى يبيح الزواج بين المسلمين من غير شهود أو الذى يبيح زواج المسلمة بغير المسلم ، أو الذى يحرم تعدد الزوجات بالنسبة للزوج المسلم.... الخ.[١]

## المطلب الثالث

## الشروط الشكلية للزواج

تتصل الشروط الشكلية لابرام عقد الزواج بالقالب أو المظهر الخارجى الذى يتم فيه الزواج . فما هو القانون الذى يحكم شكل الزواج المختلط .

كانت المادة ٢٨ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى الحالى تنص على أنه "أما من حيث الشكل فيعتبر الزواج صحيحا ما بين اجنبيين أو ما بين أجنبى ومصرى اذا عقد وفقا لأوضاع البلد الذى تم فيه او اذا روعيت فيه الأوضاع التى قررها قانون كل من الزوجين".. غير أن هذه الفقرة حذفت فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اكتفاء بالقواعد العامة.[٢]

وبذلك أصبح شكل الزواج خاضعا للقاعدة العامة الواردة فى المادة ٢٠ والخاصة بشكل التصرفات بصفة عامة[٣] . وتقرر هذه المادة أن "العقود ما بين الاحياء تخضع فى شكلها لقانون البلد الذى تمت فيه

---

[١] "اذ لا يتصور أن يكون معيار النظام العام شخصيا او طائفيا وانما يتم تقديره بالموضوعية متفقا وما تديه به الجماعة فى الاغلب من افرادها". انظر حكم محكمة النقض المصرية فى جلسة ١٩٧٩/١/١٧ الطعنان ١٦، ٢٦ لسنة ٤٨ق.

[٢] انظر مجموعة الاعمال التحضيرية ، الجزء الأول ص ٢٥٠ و ٢٥٢.

[٣] يلاحظ أن اثبات الزواج يخضع للقانون الذى يحكم شكله . حكم محكمة النقض فى ١٩٧٨/٣/١ فى الطعن رقم ٢٧ لسنة ٤٥ق.

ويجوز أيضا ان تخضع للقانون الذى يسرى على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونها الوطنى المشترك".

وواضح من هذه المادة أن شكل عقد الزواج يمكن أن يخضع لاحد النظم القانونية الاربعة الآتية :-

١ - قانون محل ابرام التصرف .

٢ - القانون الذى يحكم الشروط الموضوعية .

٣ - قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين .

٤ - قانون موطنهما المشترك .

ويفرق الفقه بين فرضين :

**الفرض الأول : زواج المصريين فى الخارج :**

اذا وفقا لنص المادة ٢٠/ السالفة الذكر ، يكون زواج المصريين صحيحا من حيث الشكل اذا ابرم وفقا لما يتطلبه قانون محل ابرامه، أو وفقا لما يتطلبه القانون المصرى باعتباره قانون جنسيتهم المشتركة ، أو وفقا لقانون موطنهم المشترك .

فمن ناحية يجوز للمصريين أن يتزوجوا فى الخارج وفقا للشكل الذى يتطلبه القانون المحلى ، أى قانون الدولة التى يبرمون فيها زواجهم. وهنا نفرق بين الازواج المسلمين ، وغير المسلمين .

فاذا كان كلا الزوجين مسلمين، أو كان الزوج فقط مسلما فيكون لهما ابرام زواجها فى الشكل الذى يستلزمه القانون المحلى، اذا كان شكلا مدنيا فقط ، طالما توافرت فيه الشروط التى تفرضها الشريعة

الاسلامية ، من رضا الزوجين ، وحضور شاهدين . ولو تم امام الموثق المختص فى دولة محل الابرام .

ولكن لا يجوز لهما بحال أن يبرما زواجهما فى الشكل الدينى غير الاسلامى .

اما اذا كان الزوجان غير مسلمين ، فيكون زواجهما صحيحا اذا كان قد تم فى الشكل الذى يتطلبه قانون محل الابرام أيا كان هذا الشكل هل هو مدنى أو دينى .

وبخصوص زواج الأجانب المبرم فى الخارج ، يعتبر صحيحا من حيث الشكل اذا استوفى الشروط الشكلية التى يستلزمها قانون دولة محل الابرام ، أيا كان هذا الشكل الا اذا كان هؤلاء الاجانب ، مسلمين فلا يكون زواجهم ، فى نظر القاضى المصرى، سليما من ناحية الشكل اذا كان قد أبرم فى الشكل الدينى غير الاسلامى .

ومن ناحية ثانية ، يمكن للمصريين فى الخارج أن يبرموا زواجهم وفقا للشكل الذى يتطلبه القانون المصرى ، باعتباره قانون جنسيتهم المشتركة ، فلهم أولا ابرام زواجهم فى الشكل العرفى ، الذى لا يقضى أكثر من تلاقى القبول بالايجاب وحضور شاهدين أو رجل وأمراتين ، إلا أنه لا يمكن الاحتجاج به أمام القضاء عند الانكار ، حيث أن دعوى الزوجية لا تسمع طالما لم يثبت الزواج فى وثيقة رسمية. ولذلك يكون بمكنة الزوجان أن يوثقا زواجهما فى القنصلية المصرية فى الدولة التى تزوجوا على اقليمها .

ولهم ثانيا ، أن يبرموا زواجهم فى الشكل الدبلوماسى أو القنصلى ، أمام القنصلية المصرية فى الدولة التى يريدون الزواج فيها. فالمادة ٦٤ من القانون رقم ١٦٦ لسنة ١٩٥٥ باصدار قانون نظام السلكين

الدبلوماسى والقنصلى تعطى الاختصاص لقناصل مصر فى الخارج بتحرير عقود الزواج متى كان كلا الزوجين مصريا ، أو أحدهما فقط بشرط الحصول على ترخيص أو إذن مسبق من وزير الخارجية المصرية وفى هذه الحالة يكون لهؤلاء القناصل ذات السلطات والاختصاصات المخولة للمأذونين الشرعيين فى مصر.

واختصاص قناصل مصر فى الخارج بابرام الزواج يشمل المصريين جميعا مسلمين وغير مسلمين .

**الفرض الثانى : زواج الاجانب فى مصر :**

يكون زواج الاجانب صحيحا من حيث الشكل ، اذا أبرم وفقا لما يتطلبه شكلا القانون المحلى أى القانون المصرى، أو قانون جنسيتهم أو موطنهم المشترك فمن ناحية ، يجوز للاجانب ان يتزوجوا فى الشكل الذى يتطلبه القانون المصرى ، باعتبار مصر هى محل الابرام . ولا إشكال بالنسبة لزواج المصريين حيث يتم امام المأذون اذا كان الزوجان مسلمين أما اذا كان غير مسلمين متحدين فى الملة والطائفة فيختص بابرام الزواج موثق منتدب يعينه وزير العدل.

أما بالنسبة لزواج الاجانب أو المصريين غير المسلمين الغير متحدى فى الملة والطائفة فتختص مكاتب التوثيق باثبات زواجهم . واختصاص مكاتب التوثيق ثابت حتى ولو كان احد الطرفين فقط أجنبيا، حيث تحظر المادة ١١ من لائحة المأذونين لعام ١٩٥٥ على المأذون أن يوثق عقد الزواج اذا كان أحد الطرفين غير مسلم أو أجنبى الجنسية على أن هؤلاء الأجانب يمكنهم أبرام زواجهم فى الشكل العرفى الاسلامى بايجاب وقبول وحضور شاهدين ، مع ملاحظة أن دعوى الزوجية لا

تسمع عند رفع النزاع الى القضاء الا اذا كان الزواج ثابتا بوثيقة رسمية.

ومن ناحية أخرى ، يمكن للأجانب أبرام زواجهم فى الشكل المقرر فى قانون الدولة التى ينتمون اليها بجنسيتهم المشتركة ، طالما كان ممكنا . وهم يلجأون فى الغالب الى الشكل القنصلى. أمام قنصل الدولة التى ينتمون اليها. وهنا لا إشكال إذا اتحدت جنسيتهم . أما اذا اختلفا جنسية فان الشكل القنصلى يقتضى أن يبرم الزواج مرة أمام قنصلية أو سفارة الدولة التى ينتمى اليها الزوج ، ومرة أخرى أمام قنصلية أو سفارة الدولة التى تنتمى اليها الزوجة.[١]

## المبحث الثانى

## آثار الزواج

**المقصود بآثار الزواج :**

متى أستوفى العقد اركانه وشروط انعقاده وصحته كان نافذا وترتب عليه آثاره التى يقرها المشرع . سواء كانت شخصية او ذات طبيعة مالية . وتتمثل الآثار الشخصية للزواج فى الشريعة الاسلامية فى حل العشرة بين الزوجين ، والطاعة والقرار فى البيت والقيام على شئونه ورعايته باعتبارها حقوقا للزوج على زوجته ، والعدل والمهر والنفقة باعتبارها حقوقا للزوجة على زوجها ، وقد أورد المشرع قاعدة الاسناد الخاصة بآثار الزواج بالفقرة الاولى من المادة /١٣ من القانون المدنى التى تنص على أن "يسرى قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التى يرتبها عقد الزواج ، بما فى ذلك من أثر بالنسبة للمال".

---

[١] أنظر الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ص ٣٨٢ ومابعدها.

وبقراءة هذا النص يتضح أن المشرع قد إنحاز الى مبدأ وحدة القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج ولم ينحو الى قانون كل من الزوجين على غرار ما فعل فى خصوص ابرام عقد الزواج. ومبتغى المشرع هو تحقيق وحدة النظام القانونى فى الاسرة . وهذا على عكس بعض التشريعات الغربية ، حيث يتجه القضاء فى فرنسا الى تطبيق قانون موطن الزوجية اذا أختلفت جنسية الزوجين وهذا ما ينحو اليه القضاء الانجليزى ايضا .

والملاحظ أيضا أن المشرع لم يفرق بين الآثار الشخصية والآثار المالية للزواج فكلاهما يخضع لقانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج. ومع ذلك سوف نلقى الضوء عليهما:

**أولا : الآثار الشخصية للزواج :**

من أبرز الآثار الشخصية التى يرتبها عقد الزواج الصحيح لصالح الزوج حق الطاعة والقرار فى منزل الزوجية وحق القوامة والتوجيه. ومنها ما يترتب لصالح الزوجة مثل حق المعاملة الحسنة ، أى معاملة الزوج لها بما يجب أن تعامله به فلا يضرها بالقول أو الفعل ولا يؤذيها فى بدنها أو مالها بما تكره ، كذلك الحق فى العدول بين الزوجات اذا قضى القانون الذى ينتمى اليه الزوج بأن يكون له أكثر من زوجة ، وكذلك الحق فى النفقة ، أى ما يلزم لغذاء الزوجة وكسوتها ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به العرف.

**وقت الاعتداد بقانون الزوج :**

أن المراد بقانون الزوج ، هو قانون الدولة التى ينتمى اليها بجنسيته، أى الاحكام الخاصة بالزواج ومسائل الاسرة فى قانون دولته. فاذا كان الزوج فرنسيا والزوجة انجليزية كانت أحكام الزواج والاسرة

فى القانون الفرنسى هى الواجبة التطبيق .

والعبرة هنا بقانون دولة الزواج وقت انعقاد عقد الزواج فاذا كان الزوج فرنسيا لحظة العقد ، ولكن غير جنسيته أثناء حياته الزوجية، وصار خلاف حول أثر من آثار الزواج ، كالنفقة أو المساكنة مثلا ، فلا يعتد بقانون دولة جنسيته الجديدة . فالعبرة دائما بقانون جنسيته ساعة انعقاد الزواج ، حيث هى اللحظة التى تبدأ فيها الحياة الزوجية ، وتكون الزوجة على علم بهذا القانون . وهذا ايضا يحول دون الغش أو التحايل على القانون الذى ابرم الزواج فى ظله .

**هل تسرى هذه القاعدة على كل من النفقة الزوجية والنفقة المؤقتة؟**

أن هناك من الآثار الشخصية للزواج ما هو ذو طبيعة مالية ونخص بالذكر النفقة. والمراد بالنفقة هنا نفقة الزوجية ، أى التى تجب على أى من الزوجين قبل الآخر ، وخصوصا التزام الزوج بالانفاق على زوجته قيام رابطة الزوجية .

والنفقة بهذا المعنى تخضع للقانون الذى يحكم آثار الزواج ، أى قانون دولة الزواج وقت أبرام الزواج . ونفقة الزوجية هذه تختلف عن النفقة الوقتية ، التى تطالب بها الزوجة أثناء نظر أى دعوى أصلية ترفعها الزوجة على زوجها ، كدعوى المطالبة بسكن شرعى أو المطالبة بمسكن خاص فى حالة تعدد الزوجات ، أو المطالبة بالتطليق أو الانفصال الجسمانى . فالزوجة أن تطالب بنفقة وقتية تتعيش منها لحين الفصل فى طلبها أو دعواها الاصلية . ولا تخضع النفقة الوقتية لقانون جنسية الزوج وقت أبرام الزواج كالنفقة العادية ، ولكن تخضع لقانون القاضى الذى ينظر الدعوى، فالامر يتعلق باجراء مستعجل يتصل بالسلام العام والامن المدنى الذى يجب توافره لكل من يوجد على اقليم

دولة القاضى .

**ثانيا : الآثار المالية للزواج :**

كما يرتب الزواج آثارا قانونية تتسم بالطابع الشخصى لتعلقها بشخص كل من الزوجين فانه يرتب آثارا ذات طابع مالى، أى تتعلق بالذمة المالية والاموال التى يملكها أى من الزوجين . بحيث يجب تحديد المركز القانونى لتلك الذمة والاموال التى يملكها الزوج أو الزوجة قبل الزواج وبعده من حيث ملكيتها وادارتها والانتفاع بها فهل تخضع الآثار المالية للزواج لذات القانون الذى يحكم آثاره الشخصية أى قانون جنسية الزوج وقت الزواج .

تذهب بعض النظم القانونية الغربية ، كالقانون الفرنسى مثلا الى أنه اذا كان هناك استقلالا فى الذمة المالية لكل طرف قبل الزواج، فان قيام رابطة الزوجية يمارس أثرا على هذا الاستقلال ، بحيث ينشأ بقيام الزواج ، نظام مالى جديد بين الزوجين . وهذا النظام قد يكون (نظاما قانونيا) تشترك أو تتحد فيه أموال كلا الزوجين ، وتكون مملوكة على الشيوع ويتولى الزوج ادارتها . وقد يكون (نظاما اتفاقيا) بمقتضاه يتفق الاطراف ، الزوج والزوجة على القواعد التى تحكم أموال كل منهما، ويسرى على النظام الاتفاقى أو المشارطة المالية للزواج قاعدة الاسناد للخاصة بالعقود أى قانون الارادة .

. وعلى العكس ، فأن الشريعة الاسلامية والشرائع غير الاسلامية السارية فى مصر لا ترتب على قيام الزواج إتحاد الذمة المالية للزوجين، إذ يحتفظ كل زوج بحقه وحريته فى التصرف فى أمواله أو أدارتها ، فذمة أحد الزوجين تظل منفصلة عن ذمة الزوج الاخر .

ولم يفرق المشرع المصرى بين الآثار المالية والآثار الشخصية

للزواج من حيث قاعدة الاسناد . فالآثار المالية تخضع هى الاخرى لقانون جنسية الزوج وقت ابرام الزواج سواء كنا بصدد تنظيم قانونى أم تنظيم اتفاقى لمركز أموال الزوجين .

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن "المنازعات المتعلقة بالنظام المالى بين الزوجين هى من مسائل الاحوال الشخصية ومن ثم فكل ما اتصل بهذا النظام من قواعد خاصة بتقرير حقوق للزوجين ومدى هذه الحقوق وماهيتها والمواعيد الخاصة ببقائها وسقوطها يخضع لقاعدة الاسناد الواردة بالمادة ١٣ من القانون المدنى .[١]

واذا كان قانون دولة الزوج هو الذى يحكم الآثار المالية للزواج فلا يجب أن يتعارض هذا مع أحكام قانون موقع الاموال التى يتملكها الزوجين. فالاصل ان المركز القانونى للاموال يخضع لقانون موقعها (م ١٨ مدنى). فاذا كانت أموال الزوجين تقع فى إقليم دولة معينة ، وكان قانون الزوج وقت الزواج يقرر أو يعترف بحقوقا معينة على هذه الأموال فلا يجب أن تتعارض هذه الحقوق مع أحكام قانون الموقع.[٢]

## المبحث الثالث

## إنقضاء الزواج

قد تنتهى رابطة الزوجية لأسباب غير أرادية أو طبيعية كالوفاة ، أو لاسباب ارادية يترتب عليها انقضاء الزواج انتهاء فعليا كالطلاق والتطليق ، أو أنتهاء حكميا كالتفريق أو الانفصال الجسمانى .

ولا يثير وفاة أحد الزوجين اشكالا فى إنتهاء الزواج فأى الزوجين

---

[١] انظر حكم النقض بجلسة ١٩٦٣/٦/٢٦، مجموعة المكتب الفنى للدوائر المدنية ، سنة ١٤- ص ١٩٣.

[٢] انظر الدكتور احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص ٣٨٥ ومابعدها .

مات قبل الاخر لا يثير الا مسألة حق الموجود فى الارث من تركة الآخر . فتستحق الزوجة من تركة زوجها أو يستحق الزوج من تركة زوجته حسب أحكام القانون الواجب التطبيق على الميراث ، على ما سنرى فيما بعد .

بقى بيان الأسباب الارادية لانهاء رابطة الزوجية والتى أورد المشرع بشأنها قاعدة إسناد خاصة فى الفقرة الثانية من المادة ١٣ من القانون المدنى ونصها "أما الطلاق فيسرى عليه قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت الطلاق ويسرى على التطليق والانفصال قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت رفع الدعوى).

وشرح هذا النص يقتضى منا أن نفرق بين القانون الواجب التطبيق على إنهاء رابطة الزوجية ، ونطاق تطبيق هذا القانون .

**أولا : القانون الواجب التطبيق على إنتهاء الزواج :**

اذا كان المشرع قد اعتد بقانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج فى حكم آثار الزواج الشخصية والمالية ، باعتبار أن الزوج هو رب الاسرة، فإنه لم يخرج عن هذا المبدأ فى خصوص انتهاء الزواج . فاخضع ذلك أيضا لقانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج .

**وقت الاعتداد بجنسية الزوج :**

المراد بقانون جنسية الزوج أو اللحظة التى يعتد فيها بجنسية الزوج ، تختلف بسبب إنهاء رابطة الزوجية .

ففى خصوص الطلاق ، فقد راعى المشرع أنه يتم بارادة الزوج وحده، أى بارادته المنفردة كما هو معروف فى الشريعة الاسلامية. وهنا يعتد بجنسية الزوج وقت الطلاق ، أى لحظة إعلان الزوج إرادته فى

انهاء رابطة الزوجية . واذا كان الطلاق بيد الزوجة ، كما هو الحال فى بعض التشريعات ، فالعبرة بجنسيتها وقت الطلاق .

أما بخصوص التطليق والانفصال الجسمانى ، فالعبرة بجنسية الزوج وقت رفع الدعوى ، وعلة ذلك أن التطليق والانفصال لا يقعان بمجرد إعلان الارادة كما هو الحال فى الطلاق بل لابد لايقاعهما من تدخل القضاء وإصداره حكما فى هذا الخصوص . فلحظة رفع الدعوى هى الفيصل إذن فاذا كان الزوج وقت ابرام الزواج يحمل جنسية دولة معينة ثم إكتسب جنسية دولة أخرى أثناء قيام الزوجية ، ثم رفعت دعوى التطليق أو الانفصال ، فلا يطبق الا قانون الدولة التى اكتسب جنسيتها مؤخرا .

**ثانيا : نطاق تطبيق قانون دولة الزوج :**

للطلاق أو التطليق أو الانفصال أسباب ، ويترتب عليه آثار.

فيدخل فى مجال تطبيق قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى فى شأن التطليق والانفصال ، تحديد أسباب الطلاق والتطليق والانفصال ، وكذلك الشروط الموضوعية لصحة أيقاع الطلاق . وكذلك كافة المسائل الموضوعية التى تتعلق باثبات الوقائع التى يستند اليها سبب الطلاق أو التطليق أو الانفصال ، سواء فيما يخص محل الاثبات أو عبئه والأدلة المقبولة فى الاثبات والقوة الثبوتية للأدلة المهيأة أو غير المهيأة .[1]

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن المسائل الاجرائية ، أى الاجراءات القضائية فى خصوص دعوى التطليق والانفصال ، فتخضع

---

[1] انظر الدكتور احمد عبد الكريم ، أصول المرافعات المدنية الدولية ، ١٩٨٤ ، بند ٢٩٢ ومابعده.

لقانون القاضى وليس لقانون جنسية الزوج .[1]

ويدخل فى مجال تطبيق قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق والانفصال كافة الآثار التى تترتب على الطلاق والتطليق والانفصال .

ونذكر من هذه الآثار نفقة الزوجة المطلقة ، والتعويض الذى تستحقه اذا كان هناك خطأ فى جانب الزوج يستوجب اصلاحه ، وكذلك حق الزوجة فى الاحتفاظ باسم زوجها بعد إنتهاء الزواج. ويسرى قانون الزوج وقت رفع الدعوى على آثار الانفصال كنفقة الزوجة المنفصلة وتحديد فترة الانفصال الى الطلاق .

ولكن لا يدخل فى قانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى ، الآثار التى تتصل بحالة الزوج أو الزوجة كل على حدة، فهى تخضع للقانون الشخصى أى قانون جنسية كل طرف على حدة. فقانون الدولة التى تنتمى إليها الزوجة المطلقة هو الذى يحدد إمكانية زواجها بزوج آخر ، وإمكانية إسترداد الاسم الذى كانت تحمله قبل الزواج. وكذلك يخضع لقانون جنسية الزوج ما إذا كان من الممكن الزواج مرة أخرى .

## المبحث الرابع

## المجال المحجوز للقانون المصرى

اوضحنا فيما قبل، أن القانون الواجب التطبيق على رابطة الزوجية وانتهائها هو قانون جنسية الطرفين احدهما أو كلاهما ففى خصوص الشروط الموضوعية لابرام الزواج يكون القانون المختص هو

[1] أنظر نقض ١٩٥٣/٦/٣٠ مجموعة الاحكام الصادرة عن المكتب الفنى ، السنة الرابعة ، ص ١٢٦٣.

قانون كل من الزوجين (م ١٢ مدنى) ، وفى خصوص آثار الزواج يكون المختص هو قانون جنسية الزوج وقت ابرام الزواج (م ١٣ مدنى) وفى شأن انفصال الزاوج هو قانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق أو الانفصال (م ٢/١٣ مدنى).

فاذا كان الزوجين كلاهما أجنبيا ، فسيكون القانون الواجب التطبيق على ابرام وآثار الزواج أجنبيا بالضرورة ولكن يثور التساؤل هل يتغير الحكم إذا كان احد الزوجين مصريا ؟

اتجه المشرع المصرى صراحة إلى استثناء لصالح القانون المصرى اذا كان أحد الزوجين مصريا وقت الزواج فنص فى المادة ١٤ من القانون المدنى على أنه "فى الاحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين اذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج يسرى القانون المصرى وحده فيما عدا شرط الاهلية للزواج.

وبيان هذا الاستثناف ومعناه يقتضى التعرض لنظام تطبيق الاستثناء وحدوده ومدى تعلقه بالنظام العام فى مصر :

**أولا : حكم الاستثناء ومعناه :**

يسرى القانون المصرى على رابطة الزوجية اذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج . أى يكفى أن يتمتع احد الزوجين ، الزوج أو الزوجة بالجنسية المصرية لحظة ابرام عقد الزواج .

وبالتالى لا ينطبق القانون المصرى فى الفروض التالية :

اذا أصبح احد الزوجين مصريا بعد انعقاد عقد الزواج . أو اذا اكتسب الزوجان الجنسية المصرية بعد قيام الزوج . فالعبرة دائما بكون احد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج.

واذا كانت العبرة دائما بجنسية أحد الزوجين المصرية وقت انعقاد الزواج لتطبيق القانون المصرى ، فان الاستثناء الذى توره المادة ١٤ من القانون المدنى يصبح غير ذى مضمون اذا كان الزوج مصريا والزوجة أجنبية فى خصوص الدعاوى المتعلقة بآثار الزواج الشخصية والمالية، واذا كان الزوج مصريا والزوجة أجنبية وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى المتعلقة بالتطليق والانفصال الجسمانى . فقد رأينا أن المادة ١٣ بفقرتيها تخضع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج وقت الزواج والطلاق لقانون جنسية الزوج وقت إيقاعه أو وقت رفع دعوى التطليق أو الانفصال .

ويبدو أن المشرع قد تأثر هنا بمبدأ شخصية القوانين ، رغبة فى ربط من يحمل الجنسية المصرية بالنظام القانونى وبالوطن المصرى ولاسيما لتحقيق الحماية للطرف المصرى المسلم الذى يتزوج من أجنبية أو أجنبى .

**ثانيا : نطاق تطبيق الاستثناء :**

الملاحظ أن الاستثناء المقرر لصالح القانون المصرى قد جاء عاما بحيث يسرى على كل مراحل الزواج .

ففى خصوص إبرام الزواج ، اذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج سرى القانون المصرى وحده على كافة الشروط الموضوعية اللازمة لابرام الزواج ، والتى أوضحناها فيما قبل. ولكن نلاحظ أن المادة ١٤ مدنى قد استثنت من هذا شرط الاهلية للزواج فتظل الاهلية خاضعة للقانون الشخصى أو قانون جنسية كل طرف على حدة وفقا لنص المادة ١١ من القانون المدنى السابق دراستها وفى خصوص الزواج الذى يكون أحد اطرافه مصريا والطرف الاخر أجنبيا تخضع

أهلية هذا الطرف الاخير لقانون جنسيته .

وفى خصوص آثار الزواج ، يسرى القانون المصرى على الآثار الشخصية والآثار المالية التى يرتبها عقد الزواج اذا كان الزوج أو الزوجة مصريا وقت انعقاد الزواج ويكون الاستثناء الوارد فى المادة ١٤ مدنى اوقع أثر وأكثر فاعلية فى الفرص الذى تكون فيه الزوجة هى الطرف المصرى .

وفى خصوص انتهاء الزواج ، يسرى القانون المصرى على كافة الشروط الموضوعية والآثار القانونية للطلاق والتطليق والانفصال اذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج حتى ولو أصبح اجنبى وزالت عنه الجنسية المصرية وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق أو الانفصال .

وبالطبع اذا كان الزوج اجنبيا وقت انعقاد الزواج ثم أصبح مصريا وقت ايقاع الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق أو الانفصال الجسمانى ، فيكون القانون المصرى هو الواجب التطبيق على إنقضاء الزواج على أساس القاعدة الواردة فى المادة ٢/١٣ لا على أساس الاستثناء الوارد فى المادة ١٤ من القانون المدنى .

**ثالثا : مدى تعلق نص المادة ١٤ بالنظام العام :**

تعرضت محكمة النقض المصرية لهذه المسألة حيث قضت بأن "نص المادة ١٤ من القانون المدنى أمر يتعلق بالنظام العام يسرى بأثر فورى".[1]

كما قضت فى حكم حديث لها بشأن رفض تنفيذ حكم صادر من

[1] أنظر حكم النقض الصادر بجلسة ١٩٦٠/١١/١٧ مجموعة أحكام النقض - الدوائر المدنية - السنة ١١ ص ٥٨٣.

محكمة كاليفورنيا العليا بمقاطعة لوس انجليوس الأمريكية[١] بأن "النص في المادة ١٣ من القانون المدني على أن "يسرى قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة الى المال . أما الطلاق فيسرى عليه قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت الطلاق ، ويسرى على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت رفع الدعوى" ، وفي المادة ١٤ على أنه "في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت إنعقاد الزواج ، يسرى القانون المصرى وحده ، فيما عدا شروط الأهلية للزواج". مفاده أنه متى كان الزوج مصريا وقت رفع الدعوى خضع التطليق والانفصال للقانون المصرى ، وكان من المقرر أن نص المادة ١٤ المشار اليها نص آمر متعلق بالنظام العام ، وكان عقد الزواج لا يكسب أيا من الزوجين فيما يختص بالطلاق أو التطليق حقا مستقرا لا يتأثر بما قد يطرأ بعد إبرامه مما يكون من شأنه سريان قانون آخر في هذا الخصوص . وكان البين من الأوراق أن الطاعنة والمطعون ضده من المصريين ويتمتعان بالجنسية المصرية رغم حصولها على الجنسية الأمريكية فإنه يتعين تطبيق احكام القانون المصرى على وقائع النزاع ولو عرض الأمر على محكمة أجنبية بحكم الاختصاص الدولي للمحاكم وإذا ما صدر حكم يخالف ذلك فإنه يمتنع على القاضى المصرى الأمر بتنفيذه". [٢]

---

[١] في الدعوى رقم ١٧٢-٨٠٨ بتاريخ ١٩٨٦/١٢/٩ ..

[٢] حكم النقض الصادر في الطعن رقم ٦٢ لسنة ٦١ق والطعن رقم ١٠٦ لسنة ٦٢ق بجلسة ١٩٩٣/٥/٢٥ مجموعة الاحكام الصادرة عن المكتب الفني - الدوائر المدنية والتجارية والاحوال الشخصية . السنة ٤٤ الجزء الثاني . القاعدة رقم ٢٢٣ ص ٥٢٨.

# الفصل الثالث

# مسائل النسب والنفقات

يقوم الحق سبحانه وتعالى " والله جعل لكم من أنفسكم أزواجاً ، وجعل لكم من ازواجكم بنين وحفده ورزقكم من الطيبات" فبين أن من أهم أهداف الزواج ايجاد الذرية التى تنتسب الى الاب والأم وبالتالى لاقارب كل منهما ، ويترتب على هذا النسب اثاراً هامة منها وجوب النفقة بين الاقارب والاصهار فى بعض الحالات وقد يكون ذلك فى علاقة من العلاقات ذات الطابع الدولى مما يثير السؤال عن القانون الواجب التطبيق لاثبات هذا النسب وما يترتب عليه من آثار. وهو ما سنفصله على النحو الآتى :

## المبحث الأول

## النسب أو "البنوة"

**أولا : القانون الواجب التطبيق على البنوة :**

تتنوع البنوة الى بنوة شرعية وبنوة طبيعية وأخيرا بنوة التبنى فما هو القانون الواجب التطبيق على المسائل التى تثيرها رابطة البنوة أو النسب؟

لم يورد المشرع المصرى قاعدة اسناد خاصة تبين القانون الواجب التطبيق على البنوة . وكان يجدر به أن يضع قاعدة لحل تنازع القوانين حتى لا يدع مجالا لاختلاف الفقه وتردد القضاء ، ولاسيما وأنه قد عالج القانون الواجب التطبيق على مسائل الزواج مع انه لا وجود للبنوة بغير الزواج .

ولما كانت البنوة من مسائل الاحوال الشخصية ، فهى لا محالة

تخضع لقانون الجنسية ، ولكن ، قانون جنسية من الأب أم الأم ، أم الابن؟

يجب أن نفرق هنا بين الانواع المختلفة من البنوة السابق ذكرها:

**(أ) البنوة الشرعية :**

البنوة الشرعية أو النسب الشرعى هو الذى يترتب وينشأ عن عقد زواج صحيح ، أى نسبة لولد لوالديه .

ولا إشكال اذا أتحدت جنسية الولد أو الطفل المراد اثبات نسبته أو بنوته مع جنسية المراد الانتساب اليه من الوالدين الاب أو الأم . إذ سيطبق على مسائل البنوة والنسب قانون جنسيتها المشتركة .

ولكن ما هو القانون المختص إذا اختلفت جنسية ايهما ؟

يذهب إتجاه الى اخضاع البنوة الشرعية الى قانون جنسية الابن ، دون الاعتداد بجنسية المراد الانتساب اليه من الوالدين . فالبنوة هى صفة، كسائر مسائل الاحوال الشخصية ، فى الشخص تتأثر بها حالته . ويأخذ بهذا الحل القانون الدولى الخاص الالمانى الشرقى لعام ١٩٧٥ : "م ٢١ من قانون ٥ ديسمبر ١٩٧٥" ومجموعة القانون الدولى الخاص المجرى لعام ١٩٧٩ (م ١/٤٢) .

وتذهب بعض التشريعات الحديثة ، كالقانون الدولى الخاص النمساوى السارى من أول يناير ١٩٧٩ ، الى اخضاع البنوة الشرعية أو النسب الشرعى الى تطبيق القانون الأصلح لمصلحة الابن (المادة ٢١ منه).

ويتجهَ جانب من الفقه المصرى الى أن النسب يخضع لقانون من يطلب الانتساب اليه من الوالدين ، أى الأب أو الام ، وذلك استنادا الى

نص المادة ١/٩٠٥ من قانون المرافعات الملغى الصادر فى عام ١٩٤٩ ومقتضاه أن (ترفع الدعوى باثبات النسب وفقا للاحكام والشروط وفى المواعيد التى نص عليها قانون بلد من يطلب الانتساب اليه من الوالدين وتتبع فى اثباتها القواعد التى يقررها القانون المذكور) .

ونحن نميل الى الرأى الذى يرى اخضاع النسب الشرعى او البنوة الشرعية لقانون جنسية الأب وقت ابرام الزواج . فلاشك أن النسب الشرعى بتعريفه هو الذى يبنى على عقد زواج صحيح ، فهو يرتبط به ويعتبر أثرا من آثاره . وبالتالى يخضع للقانون الذى يحكم آثار الزواج .

ويتبنى هذا الحل مجموعة القانونالدولى التركى لعام ١٩٨٢ (م١٥) ، ومجموعة القانون الدولى الخاص الرومانى لعام ١٩٩٢ (م ٢٥) ، والقانون الدولى الخاص الاسبانى لعام ١٩٧٤ (م٩/٤).

وهذا هو الحل الذى يتبناه مشروع القانون الدولى الخاص الفرنسى لعام ١٩٦٧ فى المادة ٢٢٩٦ منه .

**(٢) البنوة غير الشرعية أو الطبيعية :**

وهى التى تنشأ عن علاقة غير شرعية بين رجل وامرأة، وهى أما أن تكون بنوة غير شرعية عادية وهى التى تنشأ عن علاقة بين رجل وامرأة ليسا زوجين ولا يوجد بين أحدهما وشخص آخر زواج ، وإما أن تكون بنوة غير شرعية ناتجة عن الزنا الذى يتم بين رجل وامرأة يرتبط أحدهما بعلاقة زوجية بشخص من الغير .

واذا كانت الشريعة الاسلامية لا تعترف بالبنوة الطبيعية او النسب غير الشرعى الا أن القوانين الاجنبية تعترف بها وترتب عليها بعض الآثار. ومن هنا يجب البحث عن القانون الذى تخضع له .

تتجه بعض التشريعات الى تطبيق قانون جنسية الولد غير الشرعى وقت ميلاده، مثل القانون الدولى الخاص النمساوى (المادة ٢٥) فالأمر يهم بالدرجة الأولى الطفل ، حيث يتعلق بتحديد مركزه القانونى وتحقيق الحماية له . ولاشك أن قانون البلد التى ينتمى اليها بجنسيته لحظة ميلاده هو الذى يكفل ذلك . وهذا ما يتجه اليه أيضا مشروع القانون الدولى الفرنسى لعام ١٩٦٧ فى المادة ٢٢٩٨ منه والقانون الرومانى لعام ١٩٩٣ (م ٢٨).

ونحن نؤيد اخضاع النسب غير الشرعى أو الطبيعى لقانون جنسية المراد الانتساب اليه من الوالدين ، الاب أو الام ، وقت الميلاد. فاذا كان النسب يؤثر على حالة الطفل أو الولد ، مما يرجح تطبيق قانونه، الا أن الآثار التى يرتبها فى حق المراد الانتساب اليه أكثر وزنا. فهى تفرض عليه واجبات تجاه الصغير وتلقى عليه تبعات مسئولية التربية والتهذيب ... الخ . ويقترب من هذا الحل مجموعة القانون الدولى الخاص التركى لعام ١٩٨٢ (م ١٧) والالمانى لعام ١٩٨٦) (م ٣٣).

**٣ - بنوة التبنــى :**

التبنى هو اتفاق أو تصرف قانونى مقتضاه أن يتخذ الرجل ولد غيره المعروف نسبة أو المجهول كولده ونسبته اليه واعطائه كل أحكام الولد الشرعى . واذا كانت الشريعة الاسلامية قد أبطلت نظام التبنى الذى كان معروفا قبل الاسلام وفى صدر الدعوة الاسلامية الا أن التبنى لا يزال شائعا فى دولة أوربا وأمريكا .

وعلى غرار الأمر فى البنوة الطبيعية أو غير الشرعية وكذلك البنوة الشرعية لم يهتم المشرع المصرى ببيان القانون التطبيق على التبنى .

واستنادا الى المادة ٩١١ من قانون المرافعات الصادر عام ١٩٤٩ يمكن أن نقرر إخضاع الشروط الموضوعية للتبنى لقانون كل من الأب المتبنى والابن المتبنى . وتخضع آثار التبنى لا لقانون الطرفين بل لقانون واحد فقط هو قانون الاب المتبنى فهو رب الاسرة والذى يحل محل الاب الحقيقى وتقع على عاتقه التزامات قبل الابن بالتبنى .

أما الشروط الشكلية اللازمة لصحة التبنى ، باعتباره تصرفا قانونيا ، فهى تخضع لنص المادة ٢٠ من القانون المدنى والتى سنتعرض لها فيما بعد .

ويأخذ بهذا الحل القانون الدولى الخاص المجرى لعام ١٩٧٩ (م ٤٤،٤٣) والقانون الدولى الخاص التركى لعام ١٩٨٢ (م ١٨) والقانون الدولى الخاص الاسبانى لعام ١٩٤٧ (م ٥/٩) والقانون الدولى الخاص الالمانى الشرقى لعام ١٩٧٥ (م ٣٣) والرومانى لعام ١٩٩٢ (م ٣٠).

**ثانيا : نطاق تطبيق القانون المختص بمسائل البنوة :**

تخضع للقانون الذى يحكم البنوة الشرعية، أى قانون جنسية الزوج وقت الزواج بيان شروط ثبوت النسب بالفرش أو الزواج ومدى جواز اثبات النسب بالاقرار وكافة طرق اثبات النسب الاخرى، وإنكار النسب ، والولاية على النفس ، والحق فى النفقة .

كما تخضع لقانون جنسية الزوج وقت الزواج ، الحضانة وصاحب الحق فيها ومدتها وشروط استحقاقها، وأجرة الحضانة، وانتقال الحضانة وانتهائها .. فالزوج هو رب الاسرة ، والملتزم الأول برعاية الأولاد وتوجيههم وتأمين حياتهم وعلى عاتقه تقع فى النهاية مسئولية ذلك .

أما بخصوص البنوة الطبيعية أو غير الشرعية ، فيخضع لقانون

جنسية المراد الانتساب اليه من الوالدين كل ما يتعلق بشروط الاقرار بالبنوة، وطرق اثباتها والحقوق التى تجب للولد .

كذلك تخضع للقانون الذى يحكم التبنى، أى قانون الاب بالتبنى بيان شروط صحة التبنى . مع ملاحظة أن قانون الابن المتبنى يجب تطبيقه مع قانون الاب فى هذا الخصوص . ويحكم قانون الاب بالتبنى الآثار التى تترتب على التبنى لاسيما الحقوق التى تترتب لصالح الوالد المتبنى .

## المبحث الثانى

## نفقــة الأقــارب

الأسرة هى وحدة اجتماعية تتكون من مجموعة من الاشخاص ترتبط بينهم رابطة القرابة ، وتنص التشريعات المختلفة على أن أسرة الشخص تتكون من ذوى قرباه (م ٣٤ من القانون المدنى المصرى) والقرابة نوعان قرابة النسب التى تقوم على اساس الاشتراك فى اصل واحد وهى إما قرابة نسب مباشرة تقوم بين الاصول والفروع ، وأما قرابة نسب غير مباشرة أو قرابة حواشى تقوم بين الاشخاص الذين يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعا للاخر . وأما النوع الثانى فهو قرابة المصاهرة ، وهى القرابة التى تقوم بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الأخر .

ويترتب على قيام رابطة القربة أيا كان نوعها آثارا عديدة تؤثر فى حقوق الشخص وواجباته . وأهم هذه الآثار الحق فى الارث والحق فى النفقة . وسوف نعالج الارث فى فصل مستقل ، بقى أن نعرف القانون الواجب التطبيق على النفقة بين الاقارب .

## المطلب الأول
## القانون الواجب التطبيق
على النفقة بين الاقارب

يعتبر الالتزام بالنفقة بين الاقارب ، أقارب النسب أو أقارب المصاهرة أو الزواج من مسائل الاحوال الشخصية ، وفقا لنص المادة ١٣ من قانون نظام القضاء الذى يقضى بأن "تشمل الاحوال الشخصية المنازعات والمسائل المتعلقة .. بالتزام بالنفقة للاقارب والاصهار".

والنفقة للاقارب والاصهار بهذا التكييف تخضع للقانون الشخصى أى قانون الدولة التى ينتمى اليها الشخص بجنسيته . ولكن قانون جنسية من ، هل الدائن بالنفقة أم المدين بها ؟

أورد المشرع قاعدة الاسناد التى تفض تنازع القوانين فى هذا الخصوص ، فى المادة ١٥ من القانون المدنى والتى تنص على أن "يسرى على الالتزام بالنفقة فيما بين الاقارب ، قانون المدين بها".

ومن هذا النص يتضح أن المشرع قد انحاز الى قانون المدين أو المطالب بالنفقة ، لا الى قانون الدائن أو مستحق النفقة وهو ذات الحل الذى تبناه القانون الدولى الخاص التركى لعام ١٩٨٢ (م ٢١) والقانون الدولى الخاص التشيكوسلوفاكى لعام ١٩٨٣ (م ٤٢) . وهذا على عكس ما تقضى به بعض التشريعات كالقانون الفرنسى ، وبعض الاتفاقيات الدولية كاتفاقية لاهاى المبرمة فى ٢ أكتوبر ١٩٧٣ والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على التزامات النفقة. فهذه الاخيرة تقرر الاختصاص ، فى جميع انواع النفقات ، لقانون الدولة التى يوجد بها الاقامة العادية للدائن بالنفقة (المادة ٤) واذا استحال الحصول على النفقة حسب هذا القانون ، يتعين تطبيق قانون الجنسية المشتركة للدائن والمدين بالنفقة (م٥).

وكان يجدر الأخذ بقانون بلد الاقامة العادية للمطالب أو الدائن بالنفقة باعتباره قانون البلد الذى يعيش وينفق فيه. وباعتبار أن الدائن بالنفقة هو الأولى بالرعاية والحماية ، وأخيرا باعتبار أن المشرع نفسه قد جعل الاختصاص القضائى الدولى لمحكمة موطن أو محل اقامة الدائن بالنفقة (أنظر مؤلفنا فى أصول المرافعات الدولية المدنية ، سنة ١٩٨٤ ، بند ١٠٨ ومابعده ، ص ١٢٩ وما بعدها) .

ولكن مع صراحة النص ، يظل القانون الواجب التطبيق على النفقة بين الاقارب هو قانون الدولة التى ينتمى اليها المدين أو المطالب بالنفقة بجنسيته .

ولكن هل يشمل هذا القانون كل أنواع النفقات ؟

## المطلب الثانى

## نطاق تطبيق قانون جنسية المدين أو المطالب بالنفقة

لا يشمل نص المادة ١٥ من القانون المدنى سوى قاعدة اسناد خاصة بالنفقة (فيما بين الاقارب) . ومن المتفق عليه أن المقصود هنا هو النفقة بين الاقارب والاصهار ، أى الواجبة بين أقارب النسب والأقارب بالزواج أو المصاهرة . وهى أيضا النفقة العادية .

وبالتالى يخرج منها :

**أولا** : نفقة الزوجية ، أى التى تجب للزوجة على زوجها او العكس فهى أثر من آثار عقد الزواج وتخضع بالتالى للقانون الذى يحكم آثار الزواج وهو قانون جنسية الزوج وقت ابرام الزواج ، واذا كان أحد الزوجين مصريا وقت الزواج كان القانون المصرى هو الواجب التطبيق

على الالتزام بالنفقة أعمالا لحكم المادة ١٤ من القانون المدنى .

**ثانيا : نفقة المطلقة** ، وهى التى تجب للزوجة على زوجها السابق وبعد اعلان الطلاق أو صدور حكم التطليق أو الانفصال . فهذه تعتبر أثرا من آثار انحلال الزواج وتخضع للقانون الذى يحكمه ، وهو قانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق او الانفصال. الا اذا كان احد الزوجين مصريا وقت ابرام الزواج ، فيكون القانون الواجب التطبيق هو القانون المصرى .

**ثالثا :** النفقة الوقتية ، وهى التى يقضى بها اثناء نظر الدعوى الاصلية ولحين الفصل فيها سواء تعلقت بالزواج أو الطلاق والتطليق أو بالنسب والاقرار به ... فهى تخضع لقانون القاضى المصرى الذى ينظر الدعوى ، حيث هو المختص قضائيا بنظر الدعوى حتى ولو لم يكن مختصا بنظر الدعوى الاصلية. فالامر يتعلق باجراء من اجراءات الامن المدنى التى يحكمها قانون القاضى .[1]

ويخضع لقانون الملتزم بالنفقة ، تحديد شروط استحقاق النفقة كشرط الحاجة وشرط يسار القريب الذى تجب عليه النفقة وشرط اتحاد الدين ، وبيان حكم تعدد الملتزمين بالنفقة والترتيب بينهم، ومشتملات النفقة فيما بين الأقارب ، وأساس تقديرها ووقت وجوبها، وايقافها وسقوطها [2].

---

[1] انظر الدكتور احمد عبد لاكريم . "اصول المرافعات ...." مرجع سبق ذكره. بند ١٤٩ ومابعدها.

[2] الدكتور أحمد عبد الكريم ، "مختصر ......" مرجع سبق ذكره.

# الفصل الرابع

## مسائل التركــات

اذا توفى الشخص فان أمواله تنتقل الى من يخلفه . والخلافة فى الاموال قد يكون سببها القانون ، وهذا هو الميراث ، فالوارث هو الخلف الطبيعى للمتوفى وقد يكون مصدرها تصرفا قانونيا أو اتفاقيا ، وهذه هى الوصية أو الميراث الايصائى . فاذا كان المتوفى أجنبيا أو احد الورثة أو كانت أموال التركة كلها أو بعضها فى الخارج كنا بصدد علاقة ذات عنصر دولى أو أجنبى ، وتعين البحث عن القانون الواجب التطبيق عليها.

وقد واجه المشرع مسائل التركات ذات العنصر الاجنبى، وأورد فى المادة ١/١٧ من القانون المدنى قاعدة الاسناد التى تفض التنازع والتى تقرر بان "يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات الى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته".

ومن الواضح أن الفقرة الأولى من المادة ١٧ مدنى تفرق بين الميراث والوصية وهو ما يستدعى ايضاحها كل فى مبحث مستقل.

## المبحث الأول

### الميــراث

**أولا : القانون الواجب التطبيق على الميراث :**

تعتبر مسائل المواريث فى القانون المصرى من مسائل الاحوال الشخصية. فقد نصت المادة ١٣ من قانون نظام القضاء على أن (تشمل الاحوال الشخصية .. المنازعات والمسائل متعلقة بالمواريث والوصايا

وغيرها من التصرفات المضافة الى ما بعد الموت).

والميراث بهذا التكييف يدخل فى نطاق اختصاص قانون الجنسية. وقد قررت المادة ١/١٧ أنه (قانون المورث وقت موته) ويكون المشرع بذلك قد حقق خطوة هامة نحو وحدة القانون الواجب التطبيق على المواريث . هذا بعكس بعض القوانين الاجنبية ، كالقانون الانجليزى ، حيث فيهما يخضع الميراث فى الاموال المنقولة لقانون موطن المتوفى، ويخضع الميراث فى الاموال العقارية لقانون موقع.[١]

وقد تبنى المشرع قانون جنسية المورث إنطلاقا من أن الميراث أكثر اتصالا بنظام الاسرة فهو لا يكون الا بين أفراد الاسرة وو يترتب على الروابط العائلية . مما يرجح تطبيق قانون جنسية المورث . واذا كان الميراث يمس نظام الاموال فهو لا يكون الا بطريقة تبعية. فالاصل هو تطبيق أحكام الميراث بما لا يتعارض فقط مع قانون موقع الاموال محل الميراث .

وقد حدد المشرع اللحظة التى يعتد فيها بقانون جنسية المورث، فقرر أنه قانون جنسية المورث وقت موته . فهذه اللحظة هى التى يثبت فيها الحق فى الارث وتنفذ فيها الوصية .[٢]

**ثانيا : نطاق تطبيق قانون جنسية المتوفى :**

اذا كان الميراث يخضع لقانون جنسية المتوفى ، فإن هذا القانون يحكم كل من المسائل الاتية : بيان الورثة والمستحقين لـلارث ،

---

[١] وانظر كذلك المادة ٦٦ من القانون الرومانى الصادر عام ١٩٩٢ .

[٢] وحل تنازع القوانين على هذا النحو ، قرره القانون الدولى الخاص الاسبانى لعام ١٩٧٤ (م ٨/٩) ، والالمانى لعام ١٩٨٦ (م ١/٢٥) والمجرى لعام ١٩٨٧٩ (م ١/٣٦) والنمساوى لعام ١٩٧٩ (م ٢٨).

وترتيبهم، ونصيب كل منهم فى الميراث .

- وتحديد موانع الارث كاختلاف الدين أو القتل ، وقواعد الحجب والحرمان . كما يخضع لقانون جنسية المورث وقت الوفاة ، بيان شروط استحقاق الارث المختلفة ، كوفاة المورث وحياة الوارث وقت الوفاة ، وشروط توريث تركة المفقود ، واستحقاق الجنين أو الحمل للمستكن للميراث .

- كما يخضع لذات القانون تعيين مدير للتركة أو منفذ للوصية والسلطات التى يتمتع بها مدير التركة أو منفذ الوصية .

- ولكن لا يدخل فى اختصاص قانون الدولة التى ينتمى اليها المورث بجنسية وقت وفاته ، تحديد او اثبات مركز قانونى معين فى الوارث ، بجنسيته الزوج أو الزوجة أو الأب أو الابن . فهذه المسألة تخضع للقانون الخاص بها . فتحديد صحة قيام الزوجية كشرط فى الميراث يخضع للقانون الذى يحكم ابرام الزواج وهو قانون جنسية كل من الزوجين (م ١٢ مدنى) .

ولا يدخل فى اختصاص قانون جنسية المتوفى كل ما يتعلق بالمركز القانونى للاموال محل التركة . فهذه تخضع للقانون الذى يحكم الاموال والحقوق العينية الاخرى (م١٨ مدنى) وهو قانون موقع تلك الاموال . فهذا القانون هو الذى يحكم كل ما يتعلق بانتقال الملكية والحيازة والشهر اللازم لانتقال الملكية وكافة الحقوق العينية الاخرى وبيان قسمة الاموال وتنظيم حالة الشيوع ، وبيان مدى تعلق حقوق دائنى المتوفى بالتركة وتطبيق قاعدة لا تركة الا بعد سداد الديون .

**ثالثا : الدفع بالنظام العام فى مجال المواريث :**

اذا كان المورث أجنبيا وقت وفاته ، فان قانون الدولة التى ينتمى اليها بجنسيته يكون هو الواجب التطبيق على الميراث . ولكن ليس هذا فى جميع الحالات فقد يتدخل الدفع بالنظام العام باعتباره اداة حماية المبادىء والأسس التى يقوم عليها مجتمع دولة القاضى ليعطل تطبيق ذلك القانون اذا ما تعارض مع تلك المبادىء والأسس .

وهناك حالات لا يثير استبعاد القانون الاجنبى ، قانون جنسية المورث ، أى إشكال لمخالفته مقتضيات النظام العام المصرى . مثال ذلك اذا كان القانون الاجنبى للمورث يجيز الميراث بين غير المسلم والمسلم، أو يجيز الميراث لقاتل المورث ، أو اذا كان يمنع الميراث بسبب اختلاف اللون أو الجنس أو يمنع الإناث من الميراث أو يعطى التركة كلها للابن الاكبر .

وقد قضت محكمة النقض المصرية فى حكم حديث لها بأن اختلاف الدين ، فى دعوى الميراث المرفوعة من لبنانية مسيحية ضد الورثة فى تركة لبنانى مسلم ، يعد مانعا من موانع الميراث ، وأعلنت المحكمة (ولئن كانت مسائل المواريث والوصايا وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت تخضع طبقا لنص المادة ١٧ من التقنين المدنى لقانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرفات وقت موته الا أنه متى كان القانون الواجب التطبيق أجنبيا فان تطبيقه يكون مشروطا بعدم مخالفة احكامه للنظام العام أو للآداب فى مصر وفقا لما تقضى به المادة ٢٨ من التقنين المدنى . لما كان ذلك وكان من الثابت فى مدونات الحكم المطعون فيه أن المتوفى لبنانى الجنسية ، فان القانون اللبنانى هو المرجع فى تحديد ورثته وذلك فى حدود ما لا يتعارض من أحكامه مع النظام العام أو الآداب فى مصر ، لما كان ما سلف وكان

الثابت من الأوراق أن المطعون عليها مسيحية الديانة ومن ثم تختلف ديانة عن المتوفى ، وكان المقرر وفقا لنص المادة السادسة من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ أن اختلاف الدين من موانع الميراث ، وهى بدورها من القواعد الاساسية التى تستند اليها نصوص قاطعة فى الشريعة الاسلامية وبالتالى تدخل فى نطاق النظام العام ويمتنع معها تطبيق قانون آخر قد يأتى بحكم مخالف لها .. فانه ....) وقضت المحكمة بعدم أحقية المدعية فى الأرث .[1]

ولكن يثور الخلاف، اذا انحصر اختلاف القانون الاجنبى عن القانون المصرى فى مجرد بيان مراتب الورثة وانصبتهم وقواعد الحجب. فهل يعتبر القانون الاجنبى الواجب التطبيق على الميراث بين المسلمين والذى يسوى بين الذكر والانثى فى مقدار النصيب فى التركة ، متعارضا مع النظام العام فى مصر ؟ وقد ثار هذا بالفعل بصدد تطبيق القانون التركى على مواريث الاتراك فى مصر فى عهد المحاكم المختلطة.[2]

وقد إتجهت بعض أحكام المحاكم فى مصر الى عدم اعتبار ذلك مخالفا للنظام العام المصرى ، حيث أن الأمر لا يتعلق بقواعد دينية قطعية . فالشريعة الاسلامية تجيز حرمان بعض الورثة أو إنقاص أنصبتهم أو تفضيل بعض الورثة بتصرفات أخرى كالوصية والهبة.

ولكن هذا الرأى لا يمكن تأييده. فلاشك أنه اذا كان المورث الاجنبى مسلما فان الشريعة الأسلامية تكون واجبة التطبيق باحكامها المعروفة لدى القاضى المصرى ولاشك أن اختلاف الأنصبة وعدم المساواة بين الذكر والأنثى هو من القواعد الأصيلة التى يقوم عليها

---

[1] انظر الطعن رقم ١٠ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/٦/٢٠.
[2] الدكتور احمد عبد الكريم . المرجع السابق . ص ٤١٢.

الميراث فى الاسلام . وكما تقول محكمة النقض المصرية فأن أحكام المواريث الاساسية التى تستند الى نصوص قاطعة فى الشريعة تعتبر فى حق المسلمين من النظام العام فى مصر اذ هى وثيقة الصلة بالنظام القانونى والاجتماعى الذى استقر فى ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور للعام عند عدم الاعتداد بها وتغليب قانون أجنبى عليها بما لا يسع القاضى الوطنى معه أن يتخلى عنها ويطبق غيرها فى الخصومات التى ترفع اليه متى كان المورث والورثة فيها من المسلمين".[١]

كما قضت بأن "أحكام الإرث وتعيين أنصبة الورثة من النظام العام وكل تحايل على مخالفة هذه الاحكام وما يتفرع عنها من التعامل فى التركات المستقبلة باطل بطلانا مطلقا" [٢]

---

[١] نقض فى ٢٧ مايو ١٩٩٤ .

[٢] نقض فى ١٩٩٥/٧/٦ فى الطعن رقم ٦٣٤ وكذا رقم ٦٣٧ لسنة ٦١ق . مجموعة احكام النقض الصادرة عن المكتب الفنى العدد الثانى ، قاعدة رقم ١٨٧ ص ٩٥٢ .

# الباب الثانى
# القانون الواجب التطبيق
# على مسائل الاموال المادية وغير المادية

بعد أن ذكر المشرع المصرى قواعد الاسناد التى توضح القانون الواجب التطبيق على مسائل الاحوال الشخصية اعقبها بقواعد اخرى وردت فى مواد متعددة تحدد القانون الواجب التطبيق على مسائل الاموال المادية وغير المادية .

وسنتناول بالشرح فى هذا الباب هذه المسائل على الترتيب التالى:

الفصل الأول : القانون الواجب التطبيق فى مسائل الاموال المادية.

الفصل الثانى : القانون الواجب التطبيق على مسائل الاموال غير المادية.

# الفصل الأول

## الاموال المادية

**القاعدة القانونية :**

عل غير ما رأينا بصدد علاقات الاموال الشخصية من اهتمام المشرع باستخدام ضوابط اسناد تستمد من حقيقة ان الاشخاص هم مركز الثقل فى العلاقة فقد قدر المشرع المصرى ان مركز الثقل فى علاقات الاموال العينية هو موضوع المركز القانونى او العلاقة باعتبار أن موضوع العلاقة هو العنصر الاكثر اهمية والأولى بالتقدير فى مجال نظام الاموال . فساير بذلك النهج الذى يتبعه مشرعى الدول الأخرى فى اجتماعهم على اخضاع المركز القانونى للاموال لقانون مكان وجود هذه الاموال ، بحيث تعتبر هذه القاعدة من القواعد الاساسية فى القانون الدولى الخاص وربما كانت من أقدم هذه القواعد .

وقد تضمن القانون المدنى النص على هذه القاعدة فى المادة ١٨/ منه التى تقضى بأنه "يسرى على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار ، ويسرى بالنسبة الى المنقول قانون الجهة التى يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذى ترتب عليه كسب الحيازة او الملكية او الحقوق العينية الاخرى أو فقدها.[١]

وواضح أذن أننا اذا أردنا ربط العلاقات القانونية المنصبة على الاموال بمكان معين ، أى اعطائها مقرا فى دولة معينة ، فان هذا المقر لا يمكن أن يكون سوى الدولة التى يوجد المال على اقليمها .

---

[١] انظر كذلك المادة ٢/٣ من القانون المدنى الفرنسى .

**مبررات القاعدة :**

أن اخضاع النظام القانونى للاموال أو العلاقات المنصبة على الاموال لقانون الدولة الكائن بها هذه الاموال امر تتطلبه سلامة المعاملات . اذ من السهل الرجوع الى هذا القانون للتحقق من صحة وجود الحق العينى لدى الشخص الذى يريد نقله الى الغير . ويأخذ هذا الاعتبار أهمية خاصة بالنسبة للعقارات . فاخضاع العقار لقانون موقعه من شأنه تمكين الافراد من معرفة حالة العقار والرهون الواردة عليه كما انه يوفر الحماية الكافية للغير عن طريق اشهار الحقوق الواردة على العقار .

ويضيف فريق من الفقهاء حجة أخرى ذات طابع سياسى لتدعيم تطبيق القاعدة بالنسبة للعقارات. فيقرون أن العقارات هى جزء من اقليم الدولة أى وعاء لسيادتها وهذه السيادة تتنافى مع اخضاع اقليم الدولة لقانون غير قانون الدولة ذاته .

ويضيف البعض الآخر حجة ذات طابع اقتصادى مقتضاها أن العقارات تشكل ركنا هاما فى اقتصاد الدولة التى توجد باقليمها. ولاشك أن قوانين هذه الدولة تهدف فى تنظيمها للحقوق العينية الواردة على هذه العقارات الى توفير أكثر الظروف ملائمة لتحقيق الازدهار الاقتصادى عن طريق استغلال هذه الاموال. ومن ثم فان قانون دولة الموقع هو أفضل القوانين وأقدرها على تحقيق هذا الهدف الاقتصادى .

**الأصل التاريخى للقاعدة :**

كما أسلفنا فأن قاعدة خضوع المال لقانون موقعه من القواعد الأساسية فى قانون العلاقات الخاصة الدولية ومن اقدمها . فقد أكد عليها الفقيه "دارجنتريه" استنادا الى قاعدة اقليمية القوانين ، حتى أنه توسع فى

تطبيقها لتشمل كذلك الاهلية اللازمة للتعاقد بشأن العقار خروجاً بذلك عن قاعدة خضوع الاهلية للقانون الشخصي للشخص .

كما أكد على هذه القاعدة الفقيه "مانشيني" كأستثناء على قاعدة "شخصية القوانين" استنادا إلى أن القوانين "الاحوال" التي تحكم الملكية العقارية تتعلق بالنظام العام في الدولة التي يوجد على اقليمها العقار .

ولم يخرج الفقيه الالماني "سافيني" عن هذا الاتجاه ، وانما أكد على وجوب تركيز العلاقة المتعلقة بالاموال العينية في اطار قانون موقع المال بأعتبار هذا الموقع هو مركز العلاقة الذي انصرفت ارادة الافراد للخضوع لقانونه .[١]

وقد تأثرت بعض النظم القانونية الحالية كالنظام القانوني الانجليزي والأمريكي بنظرية اقليمية القوانين فتوسعت في منح قانون موقع المال اختصاصاً شاملا بحيث ينفرد بحكم العلاقات المنصبة على المال بكافة عناصرها من أطراف ومحل وسبب . حيث يمتد قانون موقع المال ليحكم النظام القانوني للمال محل العلاقة علاوة على الاهلية الواجب توافرها بالنسبة لأطراف التصرف الناقل للحق العيني ، كما يمتد كذلك ليحكم عنصر السبب أي التصرف القانوني المنشيء للحق سواء من حيث شروطه الموضوعية أو من حيث الشكل .

غير أن الكثير من قوانين القارة الأوروبية تقصر مجال تطبيق قانون موقع المال على تحديد النظام القانوني للمال في ذاته دون أن يمتد ليشمل العلاقة القانونية المنشئة للحقوق العينية . فاذا كان السبب المنشيء للحق العيني عقدا مثلا فانه يظل خاضعا لقاعدة الاسناد الخاصة بالعقود

---

[١] راجع فكر الفقيه سافيني في الجزء الأول من هذا المؤلف . حيث شيد نظريته على تحليل الروابط القانونية بقصد تركيزها في مكان معين يتفق مع طبيعتها وإخضاعها لقانون هذا المكان .

من حيث الشكل ومن حيث الموضوع ولا يتأثر بموقع المال . كذلك تظل أهلية اطراف العقد خاضعة للقانون الذى يحكمها أصلا وهو القانون الشخصى.[١]

**مجال تطبيق قانون موقع المال :**

يشمل النظام القانونى للمال الذى يخضع لقانون موقع المال فى القانون المصرى المسائل الآتية :

**أولا :** تحديد الأشياء التى يمكن أن ترد عليها حقوقا مالية والتى تدخل فى دائرة التعامل[٢] . كذلك يتكفل قانون موقع المال - وفقا للرأى الغالب بشأن تكييف المال - بتحديد الوصف القانونى للمال أى تكييفه على أنه عقار أم منقول .

**ثانيا :** بيان الحقوق العينية التى يمكن أن ترد على المال كتحديد ما اذا كان يجوز ترتيب حق انتفاع أو حق ارتفاق على المال ، وبيان نطاق الحق العينى وما يخوله من سلطات وما يرد عليه من قيود. كذلك يتكفل قانون موقع المال ببيان أحكام الحيازة من حيث كسبها وانتقالها وزوالها ووسائل حمايتها والآثار التى تترتب عليها وذلك سواء بالنسبة للمنقول أم بالنسبة للعقار .

---

[١] أنظر الدكتور فؤاد رياض . المرجع السابق . ص ٢٨١ ومابعدها.

[٢] فهناك حقوق لا تقبل التقدير ، ولا يجوز التصرف فيها رضاء أو جبرا من الناحية المبدئية حيث ترتبط بالشخص لتضمن وتحمى شخصيته وجسده ومعنوياته وحياته العائلية والوطنية والسياسية والاجتماعية فمثلا : حق الانسان فى الحياة ، فى الشرف ، فى الزواج، فى العائلة ، فى العمل ، وكذلك الحقوق العامة سواء كانت سياسية أو دينية أو اجتماعية.

هذه الحقوق وان لم تكن من الحقوق التى تقبل التصرف فيها أو التى تضمن حقوق الدائنين، الا انها قد تقدر بمال وتصبح خاضعة للقانون الواجب التطبيق على الطائفة القانونية التى تتصل بها ، فمثلا الحق فى الحياة يصبح مقدرا بمال وان لم يكن بذاته قابلا للتداول عندما يلزم الغير بحق النفقة لتأمين استمرار ذلك الحق ومن ثم يحكمه القانون الذى ينظم النفقة. وهكذا ... ومن الامثلة على ما لا يقبل التقدير بمال ويبقى خارج الذمة المالية : اعضاء جسم الانسان .

**ثالثا :** بيان اسباب كسب الحقوق العينية وانتقالها وانقضائها. ومن هذه الأسباب ما يخضع بشكل كامل لقانون موقع المال كالحيازة والاستيلاء والالتصاق والشفعة ،ومنها ما يخضع لقانون آخر . فالميراث والوصية يخضعان لقانون جنسية المتوفى كما سبق البيان ولا يخضع لقانون موقع المال سوى ترتيب الأثر الناقل للحق العينى . كذلك الحال بالنسبة للعقود المبرمة بشأن المنقول . فلا يرجع لقانون موقع المال الا فيما يتعلق بأثر العقد فى انشاء الحق العينى أو نقله أو زواله. أما العقد ذاته بوصفه تصرفا قانونيا فلا يخضع لقانون الموقع سواء من حيث شروطه الموضوعية أم من حيث شروطه الشكلية، بل يخضع للقواعد المتبعة بشأن العقود .

**خضوع العقار لقانون موقعه :**

غير أن الأمر يختلف فيما يتعلق بالعقود المبرمة بشأن العقار اذ تنص المادة ١٩ صراحة على أن "قانون موقع العقار هو الذى يسرى على العقود التى أبرمت بشأن هذا العقار". وعلى ذلك فان قانون موقع العقار لا يقتصر على حكم الأثر العينى للعقد من حيث انشاء الحق العينى أو نقله أو زواله بل يمتد ليحكم الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاد العقد، وذلك حتى ولو كان لا يترتب على العقد انشاء حقوق عينية وانما انشاء التزامات شخصية كعقد الايجار . ولا يخرج من اختصاص قانون موقع العقار بالنسبة للعقود المبرمة بشأنه الا ما يتعلق بأهلية المتعاقدين اذ تظل خاضعة للقاعدة العامة بشأن الاهلية الواردة بالمادة ١١ وما يتعلق بشكل التصرف اذا يظل خاضعا للقاعدة العامة بشأن الاشكال الواردة بالمادة ٢٠ .

ويدق الأمر بالنسبة للحقوق العينية التبعية وهى حقوق تتبع حقا من الحقوق الشخصية وتستند فى وجودها اليه كحق امتياز الدائن على

أموال مدينه والرهن القانونى الذى تمنحه بعض التشريعات للزوجة على أموال زوجها. فلا يكفى لوجود مثل هذه الحقوق أن يقرها قانون موقع المال اذا لم يكن يقررها القانون الذى يحكم العلاقة الاصلية ، اى القانون الذى يحكم الدين نفسه أو القانون الذى يحكم آثار الزواج . وبعبارة أخرى فانه يتعين الاعتداد بالحقوق العينية التبعية أن تكون مقررة فى القانونين معا.

**رابعا :** ويتكفل قانون موقع المال كذلك ببيان وسائل الشهر والعلانية الواجب توافرها سواء لنشوء الحق أو للاحتجاج به على الغير . فالشهر يلزم لحماية الغير ولاستقرار المعاملات مما يقتضى اخضاعه لقانون موقع المال .

**المشاكل التى تثور بشأن المنقول :**

**١ - تغير موقع المنقول :**

قد يتغير موقع المنقول بانتقاله من دولة الى أخرى. وتثور حينئذ مشكلة هامة عرفت باسم مشكلة التنازع المتغير أو التنازع المتحرك وذلك فى حالة تحقق أسباب اكتساب الحق العينى أو فقده فى ظل قانون الموقع القديم ثم انتقاله بعد ذلك الى دولة أخرى . اذ يتعين حينئذ معرفة ما اذا كان القانون الذى نشأ فى ظله الحق العينى على المنقول أو الذى تم فقده هو الذى يسرى أم أن العبرة بقانون الموقع الجديد .

وقد اختلف الفقه فى هذا الشأن.

**الاتجاه الأول : تطبيق قانون الموقع الجديد :**

ذهب فريق من الفقه الى أن مثل هذا التنازع بين قانون الموقع القديم وقانون الموقع الجديد يجب أن يحل وفقا لقواعد التنازع الزمنى

فيما بين قوانين الدولة الواحدة ، أى يتعين تطبيق قانون الموقع الجديد بأثر فورى ومباشر . ذلك أن سريان قانون الموقع الجديد أمر يقتضيه توفير الثقة بالمعاملات وتحقيق وحدة القانون الذى يحكم المنقول فى الدولة التى انتقل اليها المنقول . ومعنى ذلك هو وجوب تطبيق أحكام قانون الموقع الجديد بمجرد انتقال المنقول اليه حتى ولو أدى ذلك الى تعطيل ما ترتب على المنقول من حقوق تحت سلطان قانون الموقع القديم. وتطبيقا لهذا الرأى فأنه "اذا اكتسب حق فى منقول وفقا لقانون موقعه ثم نقل المنقول الى بلد لا يقر قانونه هذا الحق مثل رهن المنقول رهنا رسميا، لما أمكن الاحتجاج بالحق فى بلد الموقع الحالى "كذلك فانه "اذا باع شخص منقولا فى سويسرا لآخر ولم يتسلمه المشترى فلم تنتقل الملكية اليه وفقا للقانون السويسرى ، ثم نقل المنقول الى فرنسا حيث التسليم ليس لازما لانتقال الملكية فى المنقول أصبح المشترى مالكا وفقا للقانون الفرنسى، قانون الموقع الحالى".

**الاتجاه الثانى : تطبيق قانون الموقع القديم :**

يرى فريق آخر من الفقه وجوب الاعتداد بأحكام قانون الموقع القديم وذلك اعمالا لمبدأ الاحترام الدولى للحقوق . ويشترط لاحترام الحق المكتسب فى ظل القانون القديم ، أن يكون قد تم تكوينه، أى أن يكون قد استكمل جميع عناصره طبقا لأحكام هذا القانون . فاذا لم يكن الحق قد استكمل عناصره وفقا لاحكام قانون الموقع القديم ، كما لو لم يكن قد تم للمشترى تسلم المنقول فى دولة تتطلب التسليم لانتقال الملكية كسويسرا ، فان الحق لا ينتقل الى المشترى حتى بعد نقل المنقول الى دولة لا تشترط التسليم مثل فرنسا بل تكتفى بمجرد التعاقد لانتقال الملكية. أما اذا كان الحق قد استكمل عناصره تحت سلطان قانون الموقع القديم فانه يظل قائما ونافذا رغم انتقال المنقول الى دولة لا تعتبر

عناصر الحق قد اكتملت ، وذلك مالم يتعارض هذا الحق مع حق آخر نشأ تحت سلطان القانون الجديد أو تعارض مع النظم القانونية المقررة فى قانون الموقع الجديد .

**موقف المشرع المصرى :**

وقد اتجه المشرع المصرى الى الأخذ بهذا الرأى الاخير اذ قرر اخضاع المنقول الى "قانون الجهة التى يوجد فيها المنقول وقت تحقق السبب الذى ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى".

وقد انتقد فريق من الفقه المصرى الحكم الذى آتى به المشرع المصرى بشأن المنقول . فيرى البعض أن فى هذا الحكم عدوانا على اختصاص قانون الموقع الجديد الذى يجب الاعتداد بسلطانه ، ويقررون وجوب عدم الاعتداد بالحق المكتسب وفقا لاحكام قانون الموقع القديم مالم يكن متمشيا مع قانون الموقع الحالى .

وينتقد البعض الآخر الاتجاه الذى أخذ به المشرع المصرى "بالنسبة للفرض الذى يختلف فيه القانونان المتعاقبان فى شأن الصفات القانونية للمنقول ، فقد يعتبر قانون الموقع القديم المنقول قابلا للتصرف بينما يقضى قانون الموقع الجديد بعكس ذلك ، الأمر الذى يستوجب استبعاد القانون القديم". كذلك يرى هذا البعض وجوب اخضاع التأمينات العينية على المنقول جميعها ، أو بعبارة أخرى الحقوق العينية التبعية على المنقول ، لقانون الموقع الجديد أخذ بمبدأ الاقليمية البحتة لارتباطها فى رأيهم باجراءات التنفيذ الجبرى .

**٢ - وسائل النقل والبضائع اثناء نقلها :**

من الأموال ما يتعذر تحديد موقعه كوسائل النقل بين الدول

وكالبضائع أثناء نقلها، وهنا يثور السؤال بشأن تحديد القانون الذى يحكمها.

**(١) وسائل النقل :** لما كان من المتعذر تحديد موقع السفن البحرية والطائرات وقت تحقق السبب المنشىء للحقوق المتعلقة بها نظرا لتنقلها الدائم ولوجودها فى غالب الاحيان فى أعالى البحر أو فى الطبقات التى تعلوه، فقد جرى العمل على عدم الاعتداد بمكان وجودها الفعلى واعتبارها موجودة بالمكان الذى قيدت فيه. وبالتالى فهى تخضع لقانون هذا المكان اى لما يعرف بقانون العلم La loi du pavillon وتخضع لهذا القانون أيضا المنقولات الموجودة على الباخرة . ويستوى كون السفينة فى أعالى البحار أو فى المياه الاقليمية لدولة معينة كما يستوى كون الطائرة فى المجال الجوى لدولة ما أم فوق أعالى البحار وقت تحقق السبب الناقل للحق العينى . وتخضع السفن التى تجرى فى الانهار الدولية كذلك لقانون العلم أسوة بالسفن الحربية .

**(ب) البضائع أثناء النقل :** والرأى السائد بالنسبة للبضائع هو تطبيق قانون الدولة المرسلة اليها تأسيسا على أن هذه الدولة هى المكان الذى ستستقر فيه هذه البضائع . غير أن الفقه قد اختلف حول نطاق تطبيق هذا المبدأ. فذهب فريق الى عدم التفرقة فى هذا الصدد بين البضائع المرسلة بطريق البحر وتلك المرسلة بطريق البر . فكلاهما يخضع لقانون الدولة المرسل اليها، وذهب فريق آخر الى استثناء البضاعة المرسلة بطريق البحر اذا يحكمها قانون العلم. كذلك فان من الفقهاء من يقرر ان البضاعة التى تستقر مؤقتا فى مكان ما أثناء النقل تخضع لقانون هذا المكان .[١]

---

[١] الدكتور فؤاد رياض . المرجع السابق . ص ٢٨٨.

## الفصل الثانى

## الاموال غير المادية

من المستقر أن الملكية والحيازة والحقوق العينية الاخرى لا ترد الا على الأموال المادية الملموسة ومع ذلك ، فان هناك من الأموال ما لا يدرك بالحس ، ويعترف بالحقوق التى تقرر عليها. وتسمى تلك الحقوق بالحقوق المعنوية . وهذه الأخيرة هى سلطات يقررها القانون لشخص على شىء معنوى هو ثمرة فكره أو خياله . ومثال ذلك حق المؤلف فى مؤلفاته وحق المخترع فى مخترعاته ، وحق التاجر فى الإسم التجارى وفى العلامة التجارية .

وقد اشارت الى هذا النوع من الحقوق المادة ٨٦ من القانون المدنى بقولها "الحقوق التى ترد على شىء غير مادى تنظمها قوانين خاصة".[١]

ومن العسير تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من الاموال باعمال المادة ١٨ من القانون المدنى .فهذه الأموال بطبيعتها ليس لها كيان مادى يمكن معرفة موقعه أو المكان الذى يوجد به. ومع ذلك فان جهود الفقه والقضاء قد تضافرت لتحديد ذلك القانون وفض تنازع القوانين بشأن هذا النوع من الاموال وذلك على النحو التالى :

---

[١] وقد نظم الشارع الملكية الفنية والادبية بالقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الصادر فى ١٩٥٤/٦/٢٤ بشأن حماية حق المؤلف . كما نظم الملكية التجارية بالقانون ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها والقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١ الخاص بالأسماء التجارية والقانون رقم ٢١٩ لسنة ١٩٥٣ المعدل بالقانونر قم ٢١٩ لسنة ١٩٦٠ الخاص بالسجل التجارى كما نظم الملكية الصناعية بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ المعدل كما نظم براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية بالقانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ المعدل بالقانون رقم ٦٥٠ لسنة ١٩٥٥ .

**أولا : الملكية الفكرية :**

يقوم حق الملكية الفكرية أو الأدبية والذى يطلق عليه اصطلاحا حق المؤلف على عنصرين :

**الأول : عنصر معنوى :** وهو حق المؤلف فى أن ينسب اليه الشىء المعنوى وان ينشر افكاره أو لا ينشرها ، وان لا يدخل عليها تعديل رغم ارادته . وأن تقترن فكرته بأسمه عند نقلها عنه .

**الثانى : عنصر معنوى :** وهو حق الشخص فى استثمار منتجات افكاره او خياله والحصول على ما يدره نشر مؤلفه من ربح .

واذا كان من الممكن الاستناد إلى العنصر المعنوى للقول بأن ، هذا النوع من الملكية يتصل بشدة بشخص الانسان وبالتالى ينطبق عليه قانون جنسيته . الا أن الرأى الراجح هو خضوع حق المؤلف لقانون البلد الذى نشر فيه المصنف لأول مرة ، فمنذ هذه اللحظة يصبح ذلك الحق قابلا للتقدير ومحلا للحماية[١]. ففى هذا البلد يتجسد نتاج فكر المؤلف ، لا سيما العنصر المالى فيه والذى يبرر تسميته حق المؤلف بحق ملكية.

أما عند نشر المؤلف فى أكثر من مكان ، فهناك اتجاه بتطبيق قانون موقع النشر الرئيسى وعند التعذر قانون محل اقامة المؤلف[٢].

اما اذا لم ينشر المؤلف أو المصنف الأدبى فيطبق قانون الدولة التى ينتمى اليها المؤلف بجنسيته ، نظرا للأرتباط الظاهر بين الشخص أو المؤلف وانتاجه الذهنى او الفكرى".[٣]

ومع ذلك فقد اتجهت اتفاقية بيرن لحماية حق المؤلف الصادرة

---

[١] انظر المادة ٥٧ من القانون الكويتى لحماية حق المؤلف الصادر سنة ١٩٦١.
[٢] انظر الدكتور فؤاد رياض والدكتورة سامية راشد . ص ٣٦٠.
[٣] انظر الدكتور احمد عبد الكريم . المرجع السابق . ص ٢٢٧.

عام ١٨٨٦ واتفاقية جنيف الصادرة عام ١٩٥٢ وبعض التشريعات المقارنة[١] الى تطبيق قانون الدولة التى يطلب من قضائها حماية الحق.

كما أتجهت بعض التشريعات الى اخضاعه لقانون الدولة التى أرتكب على اقليمها الاستغلال غير المشروع لحق المؤلف[٢] .

**ثانيا : الملكية الصناعية :**

وهى تتعلق بحق المخترع على اختراعه . والراجح أن يطبق على حماية الملكية الصناعية قانون الدولة التى منحت براءة الاختراع .

ويبرر الاختصاص هنا إعتباران : **الأول** ، أن حق الملكية لا ينشأ على الشيء محل الاختراع الا بالحصول على براءة الاختراع التى يخضع منحها لاعتبارات خاصة وفنية تقدرها الدولة التى تعطى البراءة للمخترع .

**الثانى :** أن منح براءة الاختراع يخضع لاجراءات القيد أو التسجيل وفقا للقواعد التى تضعها السلطة العامة المختصة فى الدولة. وهذه القواعد تتصل فى أغلبها بقوانين البوليس والأمن وذات تطبيق اقليمى[٣] .

ويسرى على الرسوم والنماذج الصناعية ذات الحكم ، بحيث يحكمها قانون الدولى التى سجل فيها الرسم أو النموذج الصناعى.

أما العلاقات التجارية ، فيسرى عليها قانون الدولة التى يوجد بها المشروع الذى تدل عليه أو تميزه العلامة أو الأسم التجارى.[١]

---

[١] انظر المادة ١٩ من مجموعة القانون الدولى الخاص المجرى النافذ من اول يوليو ١٩٧٩.
[٢] أنظر المادة ١/٣٤ من القانون الدولى الخاص النمساوى لعام ١٩٧٩ .
[٣] انظر المادة ٢٠ من القانون الدولى الخاص المجرى السابق الاشارة اليه .
[١] انظر الدكتور احمد عبد الكريم . المرجع السابق . ص ٤٢٨.

**ثالثا : الحقوق الشخصية :**

الحق الشخصى هو رابطة بين شخصين تخول أحدهما وهو الدائن أن يطلب من الآخر وهو المدين الوفاء بأداء معين. ويميز الحق الشخصى أن صاحبه لا يستطيع ممارسته الا بواسطة المدين. ويهمنا هنا بالذات الحقوق الشخصية التى يقتضى فيها الدائن مبلغا من المال من مدينة اذا كان هذا المبلغ ثابتا فى ورقة قابلة للتداول .

فهناك السندات الاسمية ، كأسهم الشركات والمؤسسات وسندات القروض التى تطرحها فى الاسواق المالية ، وهى تخضع وفقا لرأينا ، لا لقانون الشركة أو المؤسسة التى أصدرتها ولكن لقانون بلد إصدار تلك السندات .

أما السندات لحاملها ، فهى تأخذ حكم المنقول المادى حيث أن الحق الذى تثبته يندمج فى الصك أو السند ، وتخضع لقانون موقعها.

أما الكمبيالة والسند الأذنى والشيك ، فهى تخضع وفقا لارجح الآراء لقانون البلد محل الوفاء . لأن فى هذا المكان يتحدد او يظهر للعالم الخارجى الحق الثابت فى الورقة ، بما يمكن معه اتخاذ اجراءات التنفيذ اللازمة . كما أنه المكان الذى تنتهى فيه حياة الورقة المثبتة للحق، وينقضى فيه الحق ذاته[٢] .

---

[٢] انظر الدكتور احمد عبد الكريم . المرجع السابق ص ٤٢٩ .

# الباب الثالث
# مسائل العقود الدولية
# والمسئولية المدنية

## الفصل الأول
## مسائل العقود الدولية

تحتل العقود الدولية أهمية بالغة فى النظام القانونى المعاصر للدول المختلفة فهى اداة تسيير التجارة الدولية ، ونمو المبادلات الاقتصادية بين الدول . فهناك العقود الدولية العادية ، كعقد البيع الدولى، وعقد التأمين الدولى وعقد التمثيل التجارى الدولى .. الخ . ومع ظهور قوانين الاستثمار والتنمية فى الدول المختلفة ، ظهرت عقودا لها وزنها الاقتصادى والقانونى . كعقود التجهيز والتوريد ، وبناء المصانع جاهزة على التسليم أو جاهزة على الانتاج ، وعقود الاستشارات والخبرة الفنية والمساعدات التكنولوجية والقروض الدولية وعقود الاشغال والامتيازات واستغلال الثروات الطبيعية .

واذا كان العنصر الاقتصادى او موضوع تلك العقود يشكل مركز الثقل وجوهر تلك العقود ، أى ما يترتب عليها من انتقال لرؤوس الاموال والقيم الاقتصادية عبر الحدود، إلا أن هذا العنصر لا يكفى لاعطاء العقد صفة الدولية . ويكفى لكى يصبح العقد دوليا ان يتطرق العنصر الأجنبى الى أحد عناصر العقد المكونة له ، كان يكون أحد أطرافه أو كلاهما أجنبيا ، أو يكون المحل الذى يرد عليه كائنا بالخارج أو يكون قد أبرم أو نفذ فى الخارج ، أى بالنسبة للقاضى الذى ينظر الدعوى .

والعقود الدولية بالمعنى السابق تثير مشكلة تنازع القوانين ، أى بيان القانون الذى يحكمها ، وهو ما نتناوله فيمايلى :

## المبحث الأول

## تحديد القانون الواجب التطبيق

**أولا : مبدأ قانون الإرادة:**

من القواعد المستقرة ان العقود الدولية تخضع لقانون الارادة اى القانون الذى يختاره أطرافها، بإراداتهم الحرة . فاذا ابرم مصرى عقد شراء سيارة مع أحد الانجليز كان لهما أن يضمنا عقدهما شرطا يحددون فيه القانون الذى يحكم ما قد يثور بينهم من خلاف متعلق بذلك العقد وكذلك اذا أبرمت احدى الشركات المصرية عقد استيراد ادوات كهربائية أو معدات لازمة لاحدى مصانعها مع إحدى الشركات الاجنبية ، فإن القانون الواجب التطبيق على ما قد يثار من خلاف حول تنفيذ الالتزامات التعاقدية، هو القانون الذى يختاره الأطراف لحكم ذلك العقد .

ويشترط لتطبيق قاعدة خضوع العقد للقانون الذى يختاره الأطراف ان يتعلق الأمر بعقد ذو طابع دولى أو باختصار بعقد دولى . ولا يكون ذلك الا اذا كان احد عناصر العقد اجنبيا. بأن يكون اطرافه احدهما او كلاهما اجنبيا بالنسبة للقاضى المصرى أو القاضى المختص بنظر النزاع أو يكون موضوعه موجودا بالخارج، أو يكون قد ابرم أو نفذ فى الخارج . فاذا لم يكن العقد دوليا بهذا المعنى ، فيكون من غير الممكن تطبيق مبدأ قانون الارادة . ويظل العقد خاضعا لقواعد القانون الداخلى ، شأنه فى ذلك شأن سائر العقود الداخلية الخالية من العنصر الاجنبى.

وقاعدة خضوع العقود الدولية لقانون الارادة ، هى قاعدة قديمة ترجع الى القرن السادس عشر، وخصوصا عندما كشف المحامى الفرنسى الشهير "دى مولان" عن إمكان اخضاع النظام المالى للزوجين

"دى جانى" لقانون الارادة الضمنية لهما وهو القانون العرفى السائد فى باريس باعتباره قانون موطنهما المشترك . وقد تأكدت قاعدة خضوع العقد الدولى لقانون الارادة بظهور فقه العالم الالمانى "سافينى" ، الذى نادى بتحليل العقود الدولية وتركيزها فى المكان الذى تنتج فيه معظم وأهم آثارها، بحيث يكون قانون هذا المكان هو الواجب التطبيق عليها باعتبار أن الأطراف قد قبلوا ضمنا الخضوع لذلك القانون . وهذا الأخير هو عادة قانون محل تنفيذ العقد .

وقد ازدهر مبدأ قانون الارادة بفضل انصار مذهب الحرية الفردية ونظام الاقتصاد الرأسمالى أو الاقتصاد الحر .

ولم يسلم مبدأ خضوع العقود الدولية للقانون الذى يختاره الأطراف من النقد . فقد قيل أن ترك الأمر للأطراف فى العقد يعنى حلولهم محل المشرع فى تنظيم الروابط القانونية . وهذا يتضمن افتئاتا على سلطته ، كما أن ترك الأمر للأطراف يدع المجال للتحكم واختيار القانون الأصلح لتلبية رغباتهم على خلاف القانون الذى يرتبط به العقد برابطة قوية .

ويذهب جانب من الفقه الحديث الى القول بان مبدأ قانون الارادة لم يعد يتلاءم مع تطور الايدلوجيات الفكرية المعاصرة . فاذا كان هذا المبدأ قد نما وازدهر فى ظل المذهب الفردى وسيادة الاقتصاد الرأسمالى الحر ، فان الأمر قد تغير بعد أفول نجم ذلك المذهب ونمو دور الدولة فى المجال الاقتصادى فى كافة الدول حتى الرأسمالية منها فقد صاحب التوجيه الاقتصادى وزيادة تدخل الدولة ازدياد القوانين الآمرة والموجهة التى تحمى الأسس والمبادىء الاقتصادية والاجتماعية الملازمة لتدخل الدولة. وهذا قد ضيق الى حد بعيد من سلطان الارادة ، ولم يعد اذن من الملائم ترك حرية تنظيم العقود الدولية لارادة الأطراف .

ويضيف الفقه الحديث ، أن مبدأ قانون الارادة ، على فرض بقائه واستمراريته ، أضحى غير مناسب لجوهر العقود الدولية الاقتصادية التى كشف عنها التطور الاقتصادى ونمو المبادلات بين الدول . فهذا المبدأ يقود الى تطبيق احكام القانون الداخلى لدولة معينة . وهى الاحكام التى تطبق عادة على العقود الداخلية ، وهذا لا يتلاءم مع خصوصية وطبيعة العقود الاقتصادية الدولية ومن الافضل ان يهجر هذا المبدأ لصالح مبدأ آخر، وهو "التنظيم الذاتى للعقود الدولية" ، فهذه العقود لها قانونها الداخلى الخاص الذى يتكون من مجموعة القواعد المادية المتعارف عليها بين التجار ورجال المال فى ميدان التجارة الدولية وكذلك القواعد التى شيدها وأرساها القضاء فى الدول المختلفة والخاصة بالعقود الدولية، كقاعدة صلاحية شرط الذهب فى العقود الدولية ، وصلاحية شرط التحكيم فى عقود التجارة الدولية فى القضاء الفرنسى.

ونحن نميل الى الرأى[1]. الذى يتجه إلى أن مبدأ قانون الارادة سيظل باقيا فى ميدان العقود الدولية . حقيقة أن هذه الاخيرة تحتاج الى قواعد مادية تتلاءم وطبيعتها الدولية والتى لا تتمشى معها القواعد الداخلية المقبولة فى ميدان العقود الداخلية ولكن لا يجب ان ننسى أن هذه القواعد مازالت فى دور التكوين والموجود منها يشوبه كثير من النقص وعدم التحديد ويفتقد الى صفة العالمية . فالأمر يتعلق بمجرد قواعد متفرقة من صنع القضاء الداخلى فى كل دولة .

والى أن يتم بناء هذا القانون المادى "المالى" و"التجارى" الدولى سيظل مبدأ قانون الارادة بالمعنى السابق شرحه، هو القاعدة فى تنظيم

---

[1] انظر الدكتور احمد عبد الكريم . المرجع السابق ، ص ٤٣٧ وفى هذا المبدأ بالتفصيل أنظر الدكتور صلاح الدين جمال الدين : عقود الدولة لنقل التكنولوجيا . القانون الواجب التطبيق وتسوية المنازعات ، ١٩٩٣ .

العقود الدولية . مادام قد تم اختيار القانون الواجب التطبيق بطريقة موضوعية بحيث يكون هذا القانون هو الذى يتوافق مع معطيات واقتصاديات العقد الدولى .

**ثانيا : قانون الإرادة فى النظام القانونى المصرى :**

لم يخرج المشرع المصرى عن ما هو مستقر فى النظم القانونية المقارنة، وما كانت تسير عليه المحاكم المصرية فى قضائها فى ظل القوانين المختلطة والأهلية . فنص على مبدأ خضوع العقود الدولية لقانون ارادة الأطراف فى الفقرة الاولى من المادة ١٩ من القانون المدنى الحالى المعمول به من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ ، بقوله "يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التى يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا ، فاذا اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التى تم فيها العقد، هذا مالم يتفق المتعاقد أن يتبين من الظروف ان قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه".

من هذا النص يتضح أن المشرع قد قرر اخضاع العقد لقانون ارادة الاطراف أى القانون الذى يريده ويحدده الاطراف فى العقد . واختيار الاطراف لقانون العقد ، قد يكون صريحا أو ضمنيا ، أو يحدده القانون تفسيرا للارادة المفترضة للأطراف ، على النحو التالى :

(١) ويكون الاختيار صريحا اذا نص الأطراف صراحة فى العقد الدولى المبرم بينهم على إخضاعه لقانون دولة معينة . والملاحظ أن العقود الدولية ، كعقود البيع والتأمين والقرض والعقود البنكية تضمن فى نهايتها شرطين :

**الأول :** يسمى شرط الاختصاص التشريعى، ومقتضاه أن يحدد الأطراف صراحة القانون الواجب التطبيق ، كأن يتفقوا على إخضاع

العقد ، للقانون المصرى أو الفرنسى أو الانجليزى وذلك فى حالة المنازعة.

**الثانى :** ويسمى بشرط الاختصاص القضائى ومقتضاه ان يحدد الأطراف المحكمة المختصة بفض ما يثور بينهم من خلال حول العقد المبرم بينهم.[١]

(٢) وقد يكون الاختيار ضمنيا للقانون الواجب التطبيق على العقد ، وهذا ما يكشف عنه نص المادة ١٩ عندما قررت بان يسرى على العقود الدولية قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانون محل أبرامها، "هذا مالم ... يتبين من الظروف ان قانونا آخرهو الذى يراد تطبيقه". ويمكن للقاضى الكشف عن هذه الارادة الضمنية أو الاختيار الضمنى من خلال ظروف التعاقد ، كاللغة التى حرر بها العقد ، أو العملة التى سيتم الوفاء بها، أو المحكمة التى أتفق على منحها الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن العقد ، أو الدولة التى سينفذ فيها العقد كأن يتفق الأطراف على أن يتم الوفاء بالفرنك الفرنسي واختصاص محكمة باريس ، فهذا ينطوى على انصراف نية المتعاقدين الى الخضوع لاحكام القانون الفرنسى فى حكم العقد .

(٣) فاذا خلا العقد الدولى من الارادة الصريحة للاطراف فى شأن اختيار قانون معين لحكم ذلك العقد، ولم يتمكن القاضى من الكشف عن الارادة الضمنية للمتعاقدين يتعين عليه أن يجتهد هو للوصول الى القانون الواجب التطبيق على العقد . فله أن يركز العقد فى مكان معين ويطبق عليه قانون ذلك المكان . ولم يترك المشرع الأمر كله للقاضى خشية أن يفشل فى مهمته ، أو يجنح الى التحكم في الوصول الى القانون

---

[١] انظر الدكتور احمد عبد الكريم . أصول المرافعات المدنية الدولية . ط ١٩٨٤ . بند ١٠٠ .

الواجب التطبيق ، فأورد ضابطين يتحدد بهما القانون الواجب التطبيق.

**الأول :** أن يطبق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا، فاذا كان المتعاقدان مثلا متوطنان فى فرنسا أمكن تطبيق القانون الفرنسى على العقد .

**الثانى :** ان يطبق قانون الدولة التى تم ابرام العقد فيها اذا اختلف موطن اطراف العقد . فاذا ابرم العقد مثلا فى مصر أو فى انجلترا امكن تطبيق القانون المصرى أو القانون الانجليزى .. ويلاحظ أن على القاضى اذا لجأ الى اعمال اى من هذين الضابطين ان يأخذهما على سبيل التدرج فلا يجوز له أن انعدمت الارادة الصريحة او الضمنية للأطراف ان يطبق قانون الدولة التى ابرم فيها العقد، اذا كان الاطراف يتوطنون فى دولة واحدة ، حيث يتعين عليه أن يطبق قانون هذه الدولة، باعتباره قانون الموطن المشترك للمتعاقدين .

ويلزم فى كل الاحوال السابقة أن يكون العقد على صلة وارتباط بالدولة التى تم اختيار قانونها لحكمه ، بأن يكون هو القانون الذى ينتمى اليه احد الأطراف أو كلاهما بجنسيته ، أو قانون محل الابرام أو محل التنفيذ. ويكفى أن توجد صلة فنية بين العقد والقانون الذى يحكمه، كان يجرى فى صورة نموذجية متعارف عليها فى قانون معين وتجرى العادة على استخدامه فى مجال التجارة الدولية .

## المبحث الثانى

## نطاق تطبيق القانون المختص

اذا تم معرفة القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية ، سواء بالرجوع الى الارادة الصريحة أو الضمنية للاطراف ، أو بفضل مجهود القاضى فى تركيز العقد والكشف عن ذلك القانون ، فان التساؤل يثور

حول النقاط التى يحكمها قانون الارادة .

**أولا : الأحكام الموضوعية للعقود الدولية :**

- يسرى القانون الذى يختاره الأطراف صراحة أو ضمنا ، أو القانون الذى حدده القاضى من ظروف الحال ، على تكوين العقد ، وآثاره وانقضاءه .

**(١) فيما يتعلق بتكوين العقد :**

- يسرى قانون الارادة على التراضى اللازم لانعقاد العقد وكيفية التعبير عن الارادة وحكم الايجاب والقبول ، وكذلك حكم ما قد يشوب ارادة المتعاقدين من عيوب كالغلط والتدليس والاكراه والغبن أو الاستغلال .

- كما يسرى قانون الارادة على كل ما يتصل بمحل العقد من حيث شروطه ومشروعيته .

هنا مع وجوب مراعاة قانون القاضى ايضا[١] لارتباط المشروعية بالنظام العام فى بلد القاضى . فإن كان قانون العقد لا يستلزم مشروعية المحل أو يعتبر محل العقد مشروعا على خلاف قانون القاضى طبق قانون القاضى.[٢]

- كما يسرى قانون الارادة على ركن السبب من حيث شروط وجوده ومشروعيته مع ملاحظة التقيد بالنظام العام فى قانون القاضى وهو ما يستتبع استبعاد قانون العقد اذا كان السبب مشروعا على خلاف

---

[١] انظر الدكتور احمد عبد الكريم . المرجع السابق . ص ٤٣٨ .

[٢] انظر الدكتور عز الدين عبد الله . المرجع السابق . بند ١٢٥ . والدكتور هشام صادق . بند ١٨٧.

**قانون القاضى .**[1]

كما يطبق قانون العقد على البطلان كجزاء عن تخلف ركن من اركان انعقاد العقد أو شرطا من شروط صحته[2] . كما يحدد من يجوز له التمسك بالبطلان وحكم اجازة العقد القابل للابطال .

ويلاحظ أن اهلية المتعاقدين لا تخضع لقانون الارادة ، بل لقانون جنسية الأطراف اعمالا للقاعدة التى ورد النص عليها بالمادة ١١/ من القانون المدنى.

**(٢) وفيما يتعلق بآثار العقد :**

للعقد نوعين من الاثار ، اثار من حيث الاشخاص وآثار من حيث الموضوع .

**آثار العقد من حيث الاشخاص :**

وتخضع هذه الآثار لقانون العقد ، فيحدد الملتزمين بالعقد والمستفيدين منه سواء كانوا من المتعاقدين أو خلفهم أو من الغير .[3]

**- آثار العقد من حيث الموضوع :**

فتخضع هذه الاثار لقانون العقد ، فهو الذى يحكم تفسيره ويحدد

---

[1] انظر الدكتور عز الدين عبد الله . المرجع السابق . بند ١٢٥ والدكتور هشام صادق . المرجع السابق . بند ١٨٧.

[2] غير أن الآثار التى تترتب على تقرير البطلان كالالتزام بالرد أو التعويض فهى لا تخضع لقانون العقد وانما تخضع للقانون المحلى وفقا لنص المادة ٢١ بتقدير انها لا تستند إلى العلاقة العقدية .

[3] وان كان مدى انصراف العقد إلى الخلف العام يتصل بالميراث فيخضع للقانون الذى يحكمه، كما ان البعض يذهب الى ان انصراف اثر العقد الى الخلف الخاص يخضع لقانون موقع المال. أنظر الدكتور عز الدين عبد الله. بند ١٢٥ و الدكتور هشام صادق . بند ١٨٧.

نطاقه والزام المتعاقدين بتنفيذه ومتى يكون التنفيذ العينى وشروطه واجراءاته أو التنفيذ بمقابل وشروطه واجراءاته ، وكيفية تقدير التعويض وعناصره ، وحكم التعويض الاتفاقى والفوائد .

كما يخضع لقانون الارادة كل ما يتعلق بأوصاف الالتزامات الناشئة عن العقد ، كالشرط والأجل وقواعد تعدد الالتزامات تعددا تخييريا أو بدليا ، وحكم التضامن وعدم قابلية الالتزام للانقسام ، وحكم انتقال الالتزامات بالحوالة ، أى حوالة الحق أو حوالة الدين .

**(٣) وفيما يتعلق بانقضاء العقد :**

يرجع الى قانون العقد لتحديد قواعد الوفاء كسبب لانقضاء الالتزام، وكذلك الابراء ، والتجديد ، والأثر المترتب على اتحاد الذمة واستحالة التنفيذ . كما يخضع التقادم المسقط لقانون الارادة خلافا لرأى حديث فى فرنسا يقضى باخضاعه لقانون موطن المدين .

أما بخصوص المقاصة ، فنلاحظ أن المقاصة الاتفاقية تخضع لقانون الارادة ، أما المقاصة القضائية ، فتخضع لقانون القاضى . أما المقاصة القانونية فهى تخضع للقانونين اللذين يحكمان الدينين ، اى قانون الارادة فى شأن الدين الناشىء عن العقد ، والقانون الذى يحكم الدين المقابل ، كقانون محل وقوع الفعل الضار اذا كان هذا الدين ناشىء عن مسئولية تقصيرية .

**ثانيا : شكل العقود الدولية :**

قد يستلزم القانون أشكالا خاصة لابرام بعض العقود أو التصرفات القانونية . فالقانون المصرى يستلزم مثلا تمام التراضى على ابرام عقد رهن العقار رهنا رسميا أمام الموثق أى يستلزم لانعقاد الرهن الكتابة الرسمية (المادة ١٠٣١ مدنى) ويستلزم الكتابة الرسمية فى بعض

العقود الاخرى كالهبة (م ٤٤٨ مدنى) وعقد بيع السفينة كما يتطلب الكتابة ولو لم تكن رسمية فى بعض العقود الاخرى أى يجعل انعقادها مشروطا باثبات التراضى فى ورقة عرفية ، كعقد الشركة (م ٥٠٧ مدنى). والشكل الذى يلزم لابرام بعض العقود فى القوانين الحديثة هو فى أغلب الاحوال ، الكتابة رسمية كانت أم عرفية. ولكن القانون قد يستلزم اشكالا أخرى ، كحضور شاهدين على التراضى فى عقد الزواج، أو تسليم المنقول الى الموهوب له كشرط لصحة عقد هبة المنقول .

فاذا كنا بصدد عقد دولى ، وكان القانون يستلزم فيه شكلا معينا بالمعنى السابق ، فهل يخضع الشكل فى العقود الدولية لقانون الارادة ، أى الذى يختاره الأطراف ، كما سبق البيان .

- درج الفقه فى التنازع الدولى للقوانين ، منذ عهد نظرية الاحوال التى ظهرت فى ايطاليا خصوصا مع ظهور فقه مدرسة المحشين اللاحقين فى أوائل القرن الرابع عشر ، على اخضاع شكل العقود والتصرفات القانونية لقانون محل الابرام . والواقع أنه تحت تعاليم مبدأ الاقليمية ، كان قانون محل الابرام ذا وزن له اعتباره حيث كان يحكم موضوع العقد وشكله معا ولكن مع ظهور مبدأ سلطان الارادة ، ينفصل موضوع العقد عن شكله حيث خضع الاول لقانون الارادة ، وظل شكل العقد خاضعا لقانون محل إبرامه .

وتاثرا بهذا المذهب ، فصل المشرع المصرى بين موضوع العقود الدولية وبين الشكل اللازم لها . فخصص المادة ١/١٩ من القانون المدنى لبيان القانون الواجب التطبيق على موضوع تلك العقود ، كما رأينا فيما قبل . ثم أردف ذلك بنص المادة ٢٠ من القانون المدنى الذى يقرر بأن "العقود ما بين الأحياء تخضع فى شكلها لقانون البلد الذى تمت فيه ، ويجوز ايضا ان تخضع للقانون الذى يسرى على أحكامها

الموضوعية ، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونها الوطنى المشترك".

من هذا النص يتضح أن المشرع قد أفسح مجال الاختيار أمام القاضى فى شأن القانون الذى يحكم الشكل اللازم فى العقود الدولية . بحيث يقضى بصحة العقد من حيث الشكل اذا كان قد ابرم وفق أحد قوانين أربعة وهى :

قانون محل الابرام ، أى قانون الدولة التى انعقد العقد فيها، والقانون الذى يحكم موضوع العقد ، أى قانون الارادة الذى اختاره الاطراف لحكم العقد من حيث الموضوع ، وقانون الدولة التى يوجد بها الموطن المشترك للمتعاقدين ، وأخيرا قانون الدولة التى ينتمى اليها المتعاقدين بجنسيتهما المشتركة .

وهذا الاختيار الموسع يظهر بجلاء الطبيعة غير الاجبارية لاختصاص قانون محل إبرام العقد فى حكم مسالة الشكل ، وهذا على عكس ما كان سائدا فى الفقه القديم حيث كان اختصاص هذا القانون اجباريا ، بحيث يبطل العقد اذا لم يتم فى الشكل السائد فى الدولة التى ابرم فيها، حتى ولو توفر فيه الشكل الذى يستلزمه قانون دولة أخرى، قانون الموطن أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين أو القانون الواجب التطبيق على الموضوع . ويبرر الصفة الاختيارية لاختصاص قانون محل الابرام التيسير على المتعاملين فى ميدان التجارة الدولية .

وبذلك يخضع لقانون محل الابرام أو قانون الموضوع أو قانون الموطن أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين تحديد كل ما يتعلق بفكرة الشكل اللازم لاظهار الارادة أو القالب الذى يتجسد فيه ركن الرضاء، وهل هذا الشكل لازم لانعقاد العقد أم لا ، وجزاء تخلف هذا الشكل ونوع الشكل

المطلوب، هل يكفى الكتابة الرسمية أم الكتابة العرفية ، وبيان عدد النسخ المحررة وامضاء الاطراف ، وتحديد تاريخ التحرير والموافقة على الشطب أو الاضافة وكافة البيانات الجوهرية فى المحرر .

والراجح أن القانون الذى يحكم شكل العقد ، أى أحد القوانين الاربعة التى نصت عليها المادة ٢٠ من القانون المدنى ، هو الذى يحكم مسألة إثبات ذلك العقد . أى تحديد لزوم أو عدم لزوم الدليل الكتابى لاثباته. ولكن ولما كانت قاعدة اخضاع شكل العقد لقانون محل الابرام قد روعى فيها التيسير على المتعاملين فى ميدان التجارة الدولية ، فإنه يمكن الاستغناء عن الشكل الذى يستلزمه ذلك القانون لصالح الشكل الذى يفرضه قانون القاضى اذا كان أكثر تيسيرا من قانون محل الابرام . فاذا كان هذا الأخير يستلزم الدليل الكتابى الرسمى لاثبات العقد ، بينتما يكتفى قانون القاضى بالكتابة العرفية ، كان للقاضى أن يأخذ بهذا الشكل الأخير لاثبات العقد .

ولكن يخرج من مجال القانون الذى يحكم شكل العقد الدولى ، أشكال الشهر والعلانية فهى تخضع للقانون المحلى حيث أنها لازمة لتحقيق الامان وسلامة المعاملات الخاصة بالحقوق التى يلزم شهرها، وكذلك يخرج من مجاله أشكال المرافعات حيث تخضع لقانون القاضى وكذلك الأشكال الخاصة بالأهلية ، كحصول القاصر على اذن من النائب القانونى عنه كالولى والوصى ، فهذه الاشكال تخضع لقانون الدولة التى ينتمى اليها الناصر بجنسيته .[1]

**ثالثا : أنواع العقود الدولية :**

هل تخضع كافة العقود الدولية لمبدأ قانون الارادة المنصوص

---

[1] انظر الدكتور احمد عبد الكريم . المرجع السابق ص ٤٤٠ ومابعدها.

عليه فى الفقرة الأولى من المادة ١٩ من القانون المدنى والتساؤل يثور اساسا بصدد العقود الدولية المبرمة بشأن عقار ، وعقود الدولة مع افراد أجانب بشأن الاستثمارات .

(١) أدرك المشرع أن التصرفات التى تتعلق بالعقارات من التصرفات الهامة ذات الخطر . وبالتالى لابد من تحقيق وحدة النظام القانونى لتلك التصرفات ضمانا لاستقرار المعاملات التى تتعلق بالعقار. وهذا يقتضى أن تخضع كافة العقود التى ترد على العقار لقانون واحد .

وهذا القانون الواحد لا يمكن ان يترك أمر اختياره أو تحديده للأطراف فى العقد . ولذلك نجد أن المشرع قد أورد استثناءا هاما على مبدأ قانون الارادة المعمول به فى ميدان العقود الدولية العادية التى ترد على الاموال المنقولة . فبعد أن نص على مبدأ قانون الارادة فى الفقرة الاولى من المادة ١٩ من القانون المدنى ، أردفه باستثناء هام فى الفقرة الثانية من تلك المادة والتى تنص على أن "قانون موقع العقار هو الذى يسرى على العقود التى ابرمت فى شأن هذا العقار".

ولقد سبق أن شرحنا هذا الاستثناء ونحن بصدد الكلام عن الاموال ، وأوضحنا أن قانون الموقع لا يسرى فقط على عقود إنشاء الحقوق العينية على العقار أو نقلها أو إنهائها بل يشمل ايضا العقود الدولية المتعلقة بالحقوق الشخصية على العقار كعقد الايجار . أى ان العقود الدولية المتلعقة بالعقار تخرج عن نطاق قانون الارادة وتخضع لقانون موقع العقار .

(٢) أما عقود الاستثمارات التى تبرمها الدولة مع الافراد التابعين لدولة أخرى ، فهل يسرى عليها أيضا قانون الارادة على نحو ما هو سائد بالنسبة للعقود بين الافراد العاديين ؟

يذهب اتجاه فى الفقه والقضاء فى فرنسا الى أن العقود التى تبرمها الدولة تعتبر نوعا من عقود القانون العام ، وهى بهذا الوصف لا تخضع لمبدأ قانون الارادة بل لقانون الدولة ذاتها . وقد أيدت المحكمة الدائمة للعدل الدولى ذلك فى حكم شهير لها صادر فى عام ١٩٢٩ بخصوص القروض الدولية التى ابرمتها احدى دول أوربا الشرقية ودولة البرازيل مع مقرضين فرنسيين ، وقررت بانه "لا يمكن ان يفترض خضوع التزامات الدولة وعقودها لقانون آخر غير قانوها".

ويتجه جانب من الفقه الحديث الى إخضاع عقود الدولة مع الاجانب ، لاسيما فى مجال الاستثمارات لا الى قانون وطنى معين ، بل للقانون الدولى العام . فهذا الاخير يشمل من المبادىء والاحكام ما هو ملائم لطبيعة وهدف تلك العقود .

ويذهب البعض الآخر من الفقه الحديث ، الى اخراج عقود الدول من دائرة الخضوع لاحكام القوانين الداخلية التى يقود اليها مبدأ قانون الارادة، وكذلك من نطاق تطبيق القانون الدولى العام ، والمناداة بخضوعها لقانون جديد هو "قانون عبر الدول الذى يشمل مجموعة من المبادىء المتعارف عليها بين الدول فى مجال المبادلات الاقتصادية ومجال الاستثمارات الخاصة الدولية .

ونحن نرى أن مبدأ قانون الارادة سيظل هو المبدأ لحكم العقود الدولية حتى ما كان منها مبرما بين دولة وشخص خاص أجنبى . فلا يجب أن ننسى أن هذا المبدأ ذاته هو أساس نمو التجارة الدولية فى أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين . واذا كان من الملائم تطبيق القواعد المادية المتعارف عليها فى مجال العقود الاقتصادية الدولية، الا أن هذا لا يكون الا بصفة احتياطية وتكميلية للقانون الذى يختاره الأطراف . ولاسيما وأن هذه القواعد مازالت قليلة ويشوبها كثير من عدم

الدقة والتحديد .

ومن أهم الصور الحديثة لعقود الاستثمار عقود نقل التكنولوجيا التى تتميز بطبيعتها الخاصة فهل يؤثر ذلك على القانون الواجب التطبيق؟

**عقود الدولة لنقل التكنولوجيا :**

تغطى معظم العقود التى تبرمها الدولة فى الوقت الحاضر عمليات مختلفة لنقل التكنولوجيا ، سواء أتخذت تلك العقود الصور التقليدية لعقود الامتياز أو عقود الترخيص بأستغلال براءات الاختراع أو صورة عقود بيع الأجهزة والمعدات أو غير ذلك من صور العقود التقليدية، أم كانت من الصور العقدية الجديدة التى وجدت لتتلائم مع المتطلبات الأقتصادية المتطورة ، مثل "العقود التى تشتمل على توريد وحدة صناعية نظام تسليم المفتاح أو المشروعات المشتركة".

والحقيقة أنه لا يوجد عقد مما يمكن أن يطلق عليه بذاته أنه عقد لنقل التكنولوجيا Contrats de transfert de Technologie إنما يقصد بعقد نقل التكنولوجيا ، ذلك العقد الذى يغطى عمليات معينة ويتضمن اداءات محددة تتضمن أخذ أحد الأطراف من الآخر ، نظاما للانتاج Production أو للأدارة Un Processus de gestion أو خليطا منهما، بموجب تنازل معين وخلال مدة معينة .

وتقر النظم القانونية المختلفة لصاحب براءة الاختراع الحق وحده دون غيره فى استغلال الاختراع الا أنه يشاهد فى الواقع العملى أن هناك العديد من عقود الترخيص Contrats de licence ونقل التكنولوجيا يتم إبرامها بين اشخاص وشركات صناعية فى الدول المتقدمة مع أطراف ينتمون الى الدول النامية وهى تتم فى صورة عقود بناء مصانع

جاهزة "المفتاح فى اليد" أو "الانتاج فى اليد" والانشاءات الصناعية وتدريب الكوارد الفنية .

كما قد تنصب على تنازل عن أو بيع للحق على براءة اختراع أو سر صناعى أو أى من حقوق المعرفة التقنية ، وبحسبان أن تلك العقود تتم عبر الحدود ، فإنها تثير مشكلة القانون واجب التطبق عند المنازعة بين أطرافها .

وتحاول الدول والمؤسسات المهنية ، فى سوق التكنولوجيا وتداولها عبر الحدود ، إرساء وصياغة قواعد سلوكية عامة يلتزمها الأطراف فى مجال نقل حقوق المعرفة التقنية وإستغلال براءات الاختراع والاسرار الصناعية وغيرها من الابتكارات العلمية. وهى قواعد تبتغى اقامة نوع من التوازن المنشود بين حقوق والتزامات مورد التكنولوجيا، وحقوق والتزامات المتلقى لها بما يساعد على تحقيق برامج التنمية فى الدول التى ينتمى اليها هذا الأخير . وقد اصطلح على تسمية تلك القواعد بتقنينات السلوك Codes de conduite . وقد اهتمت لجنة قانون التجارة الدولية التابعة لمنظمة الأمم المتحدة بإعداد نموذج لتقنين السلوك فى مجال نقل التكنولوجيا وتداول حقوق المعرفة التقنية والمأمول فيه أن توطن الدول والمتعاملين فى هذا المجال نفسها على التزام أحكام ومبادىء ذلك التقنين ، وهى أحكام ومبادىء تدخل فى نطاق ما يسمى بالقواعد الموضوعية للتجارة الدولية أو القواعد المادية فى القانون الدولى الخاص .

وعند إنعدام تلك القواعد أو عدم الرغبة فى التزامها، فإن التساؤل لابد مطروح حول القانون واجب التطبيق على عقود الترخيص الصناعى ونقل التكنولوجيا .

ومن غير المتعذر القول بان تلك العقود تخضع لقاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية عموما ، وعلى ذلك يكون للطرف حق اختيار القانون واجب التطبيق على عقود نقل التكنولوجيا واستغلال براءات الاختراع وحقوق المعرفة التقنية سواء أكان هذا القانون هو قانون وطنى لدولة معينة، أم مجموعة القواعد الموضوعية المتعارف عليها فى مجال النقل الدولى للتكنولوجيا .

غير أنه إذا انعدم الاختيار الصريح لقانون العقد، وتفرقت القرائن التى يمكن ان يستشف منها الاختيار الضمنى ، فإن التردد يثور حول تحديد القانون واجب التطبيق .

فقد ذهب اتجاه الى تطبيق القانون الذى يحكم النظام القانونى لحق الملكية الصناعية ، أى القانون الذى ينظم الحق على براءة الاختراع ، أو السر الصناعى ، أو حق المعرفة ، وهو قانون الدولة التى منحت البراءة أو التى تم فيها الايداع أو التسجيل ، أو التى يطلب فيها الحماية.

وقد ذهب رأى ثان الى القول باختصاص قانون موطن الطرف المانح لحق الملكية الصناعية أو المعرفة التقنية، لما له من ميزة توحيد القانون الواجب التطبيق عندما يتعدد متلقى التكنولوجيا ويتم استغلال وتطبيق الابتكارات العلمية والأسرار الصناعية فى أكثر من دولة .

على أن الراجح لدينا هو تطبيق قانون الدولة التى ينتمى اليها ، أو يتمركز بها الطرف المتلقى لحق استغلال براءة الاختراع ، أو حق المعرفة التقنية . ومستندنا فى ذلك ، أولا ، أن فى دولة الطرف متلقى التكنولوجيا تتجسد ماديا الفكرة الابتكارية للسر الصناعى أو المعرفة التقنية، كما يتركز النشاط الاقتصادى وحق الاستغلال المقرر لصاحب تلك الفكرة. وفى ظل مبدأ اقليمية الحماية ورغبة فى توسيع نطاق الحماية

الدولية ، يلجأ اصحاب براءات الاختراع وحقوق المعرفة التقنية الى تسجيل مبتكراتهم فى كل دولة يرومون استغلالها اقتصاديا فيها وهو ما يدعم فكرة التجسيد المادى المشار اليها.ثانيا ، أن الطرف المتلقى للتكنولوجيا يكون مقيدا عادة بقواعد ذات تطبيق ضرورى فى دولته تتعلق فى جملتها بالحفاظ على خطط التنمية الاقتصادية الوطنية، وحماية التكنولوجيا المحلية ذات المنشأ الوطنى ، وهو ما لا يدع مجالا لقبول قواعد وأحكام تتعارض معها. ثالثا ، أن الطرف المتلقى للتكنولوجيا هو الطرف الضعيف اقتصاديا، والذى يستأهل الحماية، فى مواجهة الشركات الدولية العملاقة التى تمتلك اسرار التكنولوجيا والعلوم التقنية ، وتتحكم فى المصائر الاقتصادية والسياسية للدول النامية التى تتعامل معها.

وتجدر الاشارة الى أنه يخرج من مجال القانون واجب التطبيق على عقود الترخيص ونقل التكنولوجيا ، المسائل المتعلقة بشكل تلك العقود حيث تخضع لقاعدة تنازع مستقلة ، نصت عليها المادة ٢٠ مدنى. كما يخرج من ذلك المجال الأهلية للتعاقد ، حيث تخضع لقانون الدولة التى ينتمى اليها كل طرفا بجنسيته وفقا لنص المادة ١/١١ من القانون المدنى.[١]

---

[١] أنظر الدكتور احمد عبد الكريم : علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع . مكتبة الجلاء بالمنصورة. ط١. ص ١٠٤٠ ومابعدها.

# الفصل الثانى

## مسائل المسئولية المدنية

كان من نتائج نمو العلاقـات الاقتصاديـة والاجتماعيـة بيـن الـدول وزيادة حركة الأفراد عبر الحدود ، ان ازداد اهتمـام المشـرع بمـا يثيره ذلك من مشكلات تتصل بالتنازع الدولى للقوانين . وقد رأينا مظـاهر هذا الاهتمـام فـى معـرض حديثنـا عـن مسـائل الاحـوال الشـخصية ومسـائل الامـوال والعقـود الدوليـة . وكـان بديهيـا أن يبسـط اهتمامـه علـى كافـة مجالات نشاط الاشخاص عـبر الحـدود ، ويواجـه ايضـا المشـكلات التـى يثيرها العمل الخاطـئ أو غير المشروع الذى يرتكبه أحد الوطنيين فـى الخارج، أو أحد الاجانب فى أقليم دولته .

والمسئولية المدنية أو العمل غير المشروع تعد مصدرا للالتزام بالتعويض ، ينشأ على عاتق من ينسب اليـه هـذا العمـل اذا سـبب ضـررا للغير فى شخصه أو فى ماله ، وسواء أكان محدث الضرر يقصد احـداث الضرر أو لا يقصد اليه، مـادام يعد مهمـلا أو مخطئـا . واذا كـان العمـل الخاطئ ينشأ عنـه دعـوى عموميـة أو جنائيـة وقـد يلازمهـا فـى الغـالب دعوى مدنية بالتعويض ، فان هذه الأخيرة هى التـى تهـم نظريـة التنـازع الدولى للقوانين بالدرجة الأولى.[١]

ويثير تنازع القوانيـن فـى شـأن المسـئولية المدنيـة التسـاؤل حـول القانون الواجب التطبيق عليها، وهو ما نعالجه فيما يلى :

---

[١] انظر فى دراسة متعمقة للمسئولية المدنية الناشئة عـن جريمـة دكتـور/ أحمـد عبـد الكريـم سلامه. الدعوى المدنية الناشئة عن جريمة بين قـانون العقوبـات الدولـى والقـانون الدولـى الخـاص ، دراسـة تأصيليـة مقارنـة، القـاهرة ، دار النهضـة العربيـة ، الطبعـة الأولـى ، ١٩٨٥ . .

## المبحث الأول

## القانون الواجب التطبيق على المسئولية المدنية

### أولا : مبدأ إختصاص القانون المحلى :

تخضع المسئولية المدنية عن العمل الخاطىء للقانون المحلى أى قانون محل وقوع العمل الخاطىء المنشىء للالتزام بالتعويض . وهذا المبدأ يرجع الى عهد بعيد حيث اخذ به فقهاء نظرية الاحوال فى أواخر القرن الثانى عشر . وانتقل العمل به الى فقهاء نظرية الاحوال الفرنسية فى القرن السادس عشر خصوصا الفقيه الفرنسى "دارجنتريه" الذى نادى بأن الاصل فى القوانين هو الاقليمية ، فكل ما يقع على الاقليم يخضع لقانونه . ولم يخرج الفقهاء والقضاء عن هذا المبدأ منذ ذلك الحين الى الآن.

واذا كان اخضاع المسئولية التقصيرية أو المدنية لقانون محل وقوع العمل ، يبرره قديما الاقليمية أى سريان قوانين كل دولة داخل حدود اقليمه وتطبق على كل من يوجد داخل هذا الاقليم وعلى الوقائع التى تحدث داخله . فانه يستند الآن الى إعتبارات تتصل بواجب المشرع فى كفالة الأمن والاستقرار لكل الافراد الموجودين على الإقليم الذى يمارس فيه سلطانه التشريعى . كما يستند إخضاع المسئولية المدنية لقانون محل وقوع العمل الخاطىء الى اعتبارات موضوعية جوهرها أنه من الصعب تركيز المسئولية المدنية فى مكان محدد غير مكان وقوع الفعل. فاذا كان عنصر الاطراف يلعب دورا بارزا فى خصوص اسناد المسائل المتعلقة بالاشخاص ، وكذلك عنصر المحل فى إسناد مسائل الاموال فان عنصر السبب فى الرابطة القانونية يشكل العنصر مركز الثقل فى خصوص المسئولية المدنية، فيرجع الى مكان نشأة هذا السبب ،

ليكون قانون هذا المكان هو الواجب التطبيق .

وقد قنن المشرع المصرى مبدأ اختصاص القانون المحلى فى المادة ٢١ من القانون المدنى التى تنص على أنه :

"(١) يسرى على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشىء للالتزام .

(٢) على أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار ، لا تسرى أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التى تحدث فى الخارج وتكون مشروعة فى مصر ، وأن كانت غير مشروعة فى البلد الذى وقعت فيه".

والملاحظ على هذا النص أنه يتكلم عن الالتزامات غير التعاقدية، وهذه تشمل الالتزامات الناشئة عن العمل الضار أى المسئولية المدنية، وكذلك الالتزامات الناشئة عن العمل النافع أو الاثراء بلا سبب. ونظرا للأهمية العملية للالتزامات الناشئة عن العمل الضار ، فهى التى سنهتم بها تحت اصطلاح المسئولية المدنية .

ومن نص المادة ٢١ من القانون المدنى يبدو جليا أن المشرع قد انحاز صراحة لصالح قانون محل وقوع العمل الضار أو الخاطىء ، وهذا خلافا للاتجاه الذى يذهب الى إخضاع المسئولية المدنية لقانون القاضى استنادا الى أن الأمر يتعلق بتطبيق قواعد الامن المدنى فى قانون القاضى وكذلك بقواعد النظام العام التى تحمى حق المجنى عليه أو خلفه فى الحصول على التعويض المناسب . كما أن قانون القاضى هو الذى يضى على الوقائع المادية التى ينشأ عنها الضرر الصفة القانونية وذلك بتكييفها حسب أحكام قواعد المسئولية فى قانونه ، هذا بالاضافة الى أن الالتزام المترتب على العمل الخاطىء ينشأ او يقوم قانونا بناءا على الحكم الذى سيصدره القاضى المختص وليس على القاعدة التى تقرر العقاب

على السلوك الخاطىء لمرتكب العمل .

ورغم ذلك ، فان خضوع المسئولية المدنية لقانون محل وقوع العمل هو المبدأ الثابت المستقر فقها وقضاءا وتشريعا فى الغالب الأعم من دول العالم .

**ثانيا : صعوبة إعمال القانون المحلى :**

تقرر المادة ٢١ مدنى فى فقرتها الأولى بأن المسئولية المدنية يسرى عليها "قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشىء للالتزام". وقد يبدو أن تطبيق هذا القانون هو بالأمر اليسير . ولكن الواقع غير ذلك تماما. فقد يقابل القاضى بعض الصعوبات ، خصوصا اذا كان العمل الخاطىء قد وقع فى بلد ولكن الضرر ترتب فى بلد آخر ، وكذلك اذا كان العمل قد وقع على ظهر السفن أو الطائرات وهى فى أعالى البحار أو فى الفضاء الحر .

(١) بالنسبة للمشكلة الأولى والمتعلقة بوقوع العمل فى دولة وتحقق الضرر فى دولة أخرى . فيذهب اتجاه قوى فى الفقه الفرنسى الى أن العبرة بمكان تحقق الضرر . ففى هذا المكان تكتمل عناصر المسئولية المدنية ، فالضرر هو محور المسئولية وفى مكان تحققه تظهر الحاجة واضحة الى التعويض عنه. وقد قضت احدى المحاكم الفرنسية بهذا المعنى فى حكم صادر فى عام ١٩٦٩ فى شأن دعوى رفعها فنان فرنسى على إحدى المجلات الألمانية مطالبا بالتعويض عن نشر صورته الفوتوغرافية دون الحصول على إذنه مما سبب أضرارا له. وبنت المحكمة اختصاص القانون الفرنسى على أساس أن الضرر قد ترتب فى فرنسا وأكدت المحكمة أن العمل الضار أو الخاطىء قد ارتكب فعلا فى المانيا ولكن النشر للصحيفة فى فرنسا ، قد رتب الضرر فيها .

ونحن نؤيد هذا الاتجاه ، ونرفض الرأى القائل بتطبيق قانون المكان الذى وقع فيه العمل الخاطىء حقيقة أن الفعل الخاطىء هو العماد الرئيسى الذى تقوم عليه المسئولية المدنية وما الضرر الا نتيجة له، كما يقول البعض . كما أنه ليس من الملائم لاستقرار المعاملات أن يحاكم شخص عن فعله على أساس قانون أجنبى لا يعرفه لحظة وقوع العمل ولم يكن يتوقع أن فعله سيقدر على أساسه .

فالواقع أن قواعد المسئولية المدنية غايتها الأولى هو التعويض المدنى لا العقوبة على العمل الخاطىء . ونحن نرى أن الضرر هو الشرط الأول لقيام المسئولية المدنية وإمكان المطالبة بالتعويض. فمن ناحية نرى أن مدعى المسئولية لا تكون له مصلحة فى الدعوى الا اذا كان قد اصابه ضرر يطالب بتعويضه، وكما تقول محكمة النقض المصرية فى حكم لها فى ٢٧ مارس ١٩٤٧ فانه اذا لم يثبت وقوع الضرر ، فلا محل للبحث فى المسئولية أصلا . ومن ناحية ثانية، فان المسئولية تنشأ فى الواقع من وقت تحقق الضرر فعلا أو من الوقت الذى يصير فيه الضرر محقق الوقوع . فوقوع الضرر هو الشرارة الأولى التى ينبعث منها التفكير فى مساءلة من يتسبب فيه . ومن ناحية أخيرة، فان وقت تحقق الضرر هو الذى تبدأ منه مدة تقادم دعوى المسئولية ولو كان الخطأ الذى سبب الضرر سابقا على ذلك بمدة طويلة .

(٢) أما بالنسبة للمشكلة الثانية المتعلقة بالاعمال التى تقع على ظهر السفن أو الطائرات وهى فى اعالى البحار أو فى الفضاء الحر ، فنظرا لصعوبة تحديد محل وقوع العمل فان الرأى الراجح هو أن يطبق على المسئولية المدنية عن العمل الخاطىء قانون الدولة التى تحمل السفينة أو الطائرة علمها . حيث تقول مجازا أن السفينة أو الطائرة تشكل جزءا من اقليم الدولة التى سجلت بها وتحمل علمها.

وبخصوص التصادم الجوى او البحرى فى الفضاء الحر او البحار العالية ، فالراجح أن يطبق قانون القاضى الاستحالة وجود ضابط موضوعى يتحدد على أساسه محل وقوع العمل المنشىء للالتزام . فقانون القاضى ذو اختصاص احتياطى عام اذا تعذر اعمال ضابط الاسناد. واذا اتحد العلم الذى تحمله كلا السفينتين أو الطائرتين فان المسئولية تخضع لقانون دولة العلم.

اما اذا وقع العمل الخاطىء المنشىء للالتزام بالتعويض بين الافراد على ظهر السفينة أو فى الطائرة ، أو كان نتيجة للتصادم بين سفينتين أو طائرتين فى المياه الاقليمية أو الفضاء الجوى لدولة معينة، فنحن نؤيد تطبيق قانون العلم أيضا على المسئولية المدنية. فقانون العلم هو الذى يحمى توقعات الافراد فهم يعلمون به مقدما. كما أن هذا القانون ذو اختصاص عام فى شأن كل ما يتعلق بالسفينة أو الطائرة ، على نحو ما رأينا فى تحديد المركز القانونى لهما باعتبارهما مالا منقولا .

## المبحث الثانى

## نطاق تطبيق القانون المختص

يسرى قانون محل وقوع العمل المنشىء للالتزام بالتعويض على كافة اركان المسئولية وآثارها .

### ١ - فمن ناحية اركان المسئولية المدنية :

يخضع لقانون محل وقوع العمل الضار ، تعريف الخطأ وبيان عناصره العنصر المادى وهو الاخلال بواجب قانونى، والعنصر النفسى، وهو القصد او على الاقل التمييز وأنواع الخطأ العمدى وخطأ الاهمال والخطأ الايجابى والخطأ السلبى وأحوال انعدام الخطأ، وشروط المسئولية عن خطأ الغير أو عن الحيوان والمسئولية عن فعل الاشياء فيبين من هو

الحارس او متولى الرقابة ، وحالات نفى الخطأ المفترض .

كما يخضع لقانون محل وقوع العمل الضار ، تعريف ركن الضرر ، من حيث أنواعه ، وبيان شروط التعويض عن الضرر الادبى وطرق اثبات الضرر ، وقوة الأدلة المقدمة.

ويسرى قانون المحل أيضا على الركن الثالث للمسئولية وهو رابطة السببية وتحديد معنى السببية المباشرة ، وحالة تعدد الأسباب وحكم التعدد ، وتعريف السبب الاجنبى وعناصره ، وبيان الأسباب الاجنبية ، كالحادث الفجائى والقوة القاهرة وفعل المصاب او فعل الغير ، وكذلك طرق أو أدلة اثبات السببية أو نفيها وقوة كل دليل وعبء أدلة الاثبات.

**٢ - ومن ناحية آثار المسئولية :**

يحكم قانون محل وقوع العمل الخاطىء التعويض من حيث مقداره، وكيفية ، وطريقة الوفاء بمبلغ التعويض . وبيان حكم التضامن بين المسئولين اذا تعددوا كذلك يخضع لقانون محل وقوع الفعل تحديد من لهم الحق فى المطالبة بالتعويض .

ولكن فى جميع الاحوال لا يجوز للقاضى المصرى أن يحكم بالتعويض اذا كان العمل غير مشروع وفقا لقانون محل وقوعه ، ومشروعا في القانون المصرى. فمشروعية العمل تتعلق بالنظام العام المصرى. أى يلزم للحكم بالتعويض أن يكون العمل غير مشروع فى كل من مصر والدولة التى وقع فيها، فكما تقول المذكرة الايضاحية تعليقا على المادة ٣٢ من القانون المدنى فان "الحاق وصف المشروعية بواقعة من الوقائع أو نفى هذا الوصف عنها أمر يتعلق بالنظام العام".

وقد يتدخل الدفع بالنظام العام لاستبعاد قانون محل وقوع العمل اذا كان يتعارض مع المبادىء الاقتصادية والاجتماعية والروحية التى

يقوم عليها مجتمع دولة القاضى . كما لو كان لا يعترف بمسئولية المتبوع عن أعمال تابعه ، أو بمسئولية الاشخاص الاعتبارية عما يسند اليها من أفعال خاطئة وغير مشروعة . لأن هذه المسألة كما تقول محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ٧ نوفمبر ١٩٦٧ تتصل "بالاصول العامة التى يقوم عليها النظام الاجتماعى والاقتصادى فى مصر ولكونها بالتالى من المسائل المتعلقة بالنظام العام".

وفى النهاية نرى أن اختصاص ونطاق تطبيق القانون المحلى لا يتأثر بنوع المحكمة التى تنظردعوى المسئولية المدنية. فاذا رفع المضرور دعواه أمام المحاكم الجنائية الوطنية استعمالا لحقه فى الخيار بين الطريقين المدنى والجنائى (م ٢٦٢ ، ٢٦٤ من قانون الاجراءات الجنائية المصرى، والمادة ١/٣ ، ١/٤ من قانون الاجراءات الجنائية الفرنسى)، وذلك اذا كانت الواقعة غير المشروعة تشكل جريمة جنائية تدخل فى اختصاص القضاء الجنائى الوطنى فان القانون الواجب التطبيق أمام هذا الاخير اذا وقعت الجريمة فى الخارج ، يظل هو القانون المحلى الأجنبى ، الذى يحكم كافة أركان المسئولية وآثارها . ولا يتدخل قانون القاضى الا فى الحدود التى يتطلبها حماية الأسس والمبادىء العليا للمجتمع حسب الدفع بالنظام العام ، على التفصيل السابق بيانه.[1]

***والحمد لله رب العالمين ..***

---

[1] انظر الدكتور أحمد عبد الكريم . مختصر ..... ، مرجع سبق ذكره. ص ٤٤٧ ومابعدها.

# الفهـــرس

| الموضــوع | الصفحة |
|---|---|
| **تنازع الاختصاص القضائى الدولى** | |
| مقدمـــة | ٦ |
| **الفصل الأول** : موضوعات تنازع الاختصاص القضائى الدولى | ٩ |
| **الفصل الثانى** : ضوابط الاختصاص القضائى الدولى | ١٣ |
| **الفصل الثالث** : آثار الأحكام الاجنبية | ٥١ |
| **تنازع القوانين** | ٩٧ |
| مقدمـــة | ٩٨ |
| **القسم الأول** : النظرية العامة لتنازع القوانين | ١٠٥ |
| **الباب الأول** : تطبيق قاعدة الاسناد | ١١٧ |
| **الفصل الأول** : قاعدة الاسناد | ١١٩ |
| **الفصل الثانى** : تطبيق قاعدة الاسناد | ١٣١ |
| **الباب الثانى** : مشكلات تطبيق القانون الأجنبى | ١٥٧ |
| **الفصل الأول** : مشكلة الاحالة | ١٦١ |
| **الفصل الثانى** : النظام العام | ١٧٥ |
| **الفصل الثالث** : التحايل على القانون | ٢٠٢ |
| **القسم الثانى** : الحلول التطبيقية لتنازع القوانين | ٢٢٩ |
| **الباب الأول** : القانون الواجب التطبيق على مسائل الاحوال الشخصية | ٢٣٣ |
| **الفصل الأول** : الحالة والأهلية | ٢٣٥ |
| **الفصل الثانى** : الزواج | ٢٤٩ |
| **الفصل الثالث** : مسائل النسب والنفقات | ٢٧٢ |